



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**INVALIDADES PRÉ-CONTRATUAIS E A IMPOSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO DA
PRETENÇÃO DO AUTOR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

IVO ATAÍDE XAVIER

**Dissertação de Mestrado em Científico em Direito Administrativo, sob orientação
do Prof. Doutor Francisco Paes Marques.**

2018

Agradecimentos

À minha família, que apesar da distância, sempre me apoiou.

Ao Sr. Prof. Dr. Francisco Paes Marques, pelo estímulo e orientação atenciosa desta dissertação de mestrado.

Resumo

A presente dissertação versa sobre o tema das invalidades pré-contratuais e a impossibilidade de satisfação do pedido do autor. Iniciaremos o estudo com uma abordagem inicial ao fenómeno da causa legítimas de inexecução, designadamente, a impossibilidade absoluta e o excecional prejuízo para o interesse público, tal como uma breve consideração acerca da evolução no ordenamento administrativo português.

Posteriormente, fazemos incursão sobre a problemática obrigação de indemnizar pela inexecução da sentença, qual a sua fonte, e a devida distinção entre as duas indemnizações possíveis a prestar, a indemnização pelo facto da inexecução da sentença, e a indemnização civil que visa compensar todos os danos provocados pelo ato ilícito. Apresentamos uma reflexão sobre os diversos argumentos apresentados quanto ao fundamento da obrigação de indemnizar, com uma especial ponderação no fundamento constitucional nos artigos 20.º, 205.º e 268.º, n.º 4 da CRP, relativo ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, do princípio da justa repartição dos encargos públicos, num sentido amplo de responsabilidade do Estado, o privilégio da execução prévia, e numa figura semelhante ao instituto da expropriação nas situações em que exista um excecional prejuízo para o interesse público.

Na consideração do apuramento do montante da indemnização, são abordados quais os fatores a serem considerados para uma justa indemnização, nomeadamente, o princípio da igualdade, os custos de preparação da proposta, e a probabilidade de obter a adjudicação, nas indemnizações por causa legítima de inexecução nos casos de afastamento ilícito dos concorrentes.

Numa segunda parte da dissertação, fazemos uma reflexão sobre a problemática das invalidades pré-contratuais, em procedimentos concursais, nomeadamente, qual a compensação a prestar quando exista impossibilidade de satisfação do concorrente ilicitamente afastado, e como a probabilidade de obtenção da adjudicação releva para a determinação do *quantum* indemnizatório.

Assim, será relevante uma ponderação sobre a graduação de obtenção da adjudicação, nomeadamente, a graduação de não ser escolhido, situações intermédias, e situações de certeza, e a sua preponderância na determinação do *quantum* indemnizatório.

E por fim, uma breve consideração sobre a figura da perda de chance e seu crescente afluoramento no Direito Administrativo. O interessa analisar o caminho a percorrer para a obtenção da indenização, focando-nos na problemática da indenização a prestar pela Administração tem levantando algumas questões e posições pouco uniformes na jurisprudência.

Palavras Chave: Impossibilidade de satisfação do pedido, causa legítima de inexecução, indenização devida, justa indenização, afastamento ilícito dos concorrentes, perda de chance

Abstract

The present dissertation aims to reflect about pre-contractual invalidities and the impossibility of satisfying the author's request. We will begin the study with an initial approach to the phenomenon of legitimate causes of non-execution, namely, an absolute impossibility and exceptional damage to public interest, and its evolution in Portuguese administrative order.

Continually, we ponder about the problematic obligation to pay compensation for the non-execution of the sentence, its source, and the proper distinction between the two possible damages to be rendered, compensation for failure to comply with the judgment, and civil compensation to compensate for all damages caused by the unlawful act. We contemplate on the various arguments presented based on the obligation to compensate, will find its constitutional basis in articles 20, 205 and 268, paragraph 4 of the CRP, regarding access to the right and judicial protection of the principle of fair distribution of public burdens, in a broad sense of state responsibility, the prior execution privilege mechanism, and in a similar figure to the process of expropriation in situations where there is an exceptional prejudice to the public interest

In considering the determination of the amount of compensation, we consider the factors to be considered, namely the principle of equality, the costs of preparing the proposal, and the probability of obtaining the award, in compensation for legitimate cause of non-enforcement in cases of wrongful removal competitors.

In a second part of the dissertation, we make a reflection on the problem of pre-contractual invalidities, in public procurement, namely what compensation to render when there is impossibility of satisfaction. for legitimate cause of non-performance, and how the probity of obtaining the award is relevant to the determination of the indemnity quantum.

A reflection on the graduation of obtaining the award, namely, the graduation of not being chosen, intermediate situations, and situations of certainty, and its preponderance in determining the indemnity quantum.

And finally, a brief consideration on the figure of the loss of chance and its growing outcrop in Administrative Law. It is important to analyze the way forward to obtain compensation, focusing on the issue of compensation to be provided by the Administration, which has

raised some questions and positions that are not uniform in the jurisprudence, namely greater protection of the individual.

Keywords: *Pre-contractual invalidity, impossibility of satisfaction of the author's lawsuit, legitimate cause of non-execution, damages, remedies, loss of chance*

Abreviaturas usadas

Cf. – conferir

CPA – Código do Processo Administrativo

CPTA – Código Procedimento dos Tribunais Administrativos

CRP- Constituição da República Portuguesa

FDUL- Faculdade de Direito de Lisboa

GWB - Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen

n.º - Número

op. cit. – obra citada;

p. – página;

pp. – páginas;

P. – Processo

RRCEE- – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Pessoas Coletiva Públicas;

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCA – Tribunal Central Administrativo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Vol. - Volume

1. Delimitação do objeto em estudo

A temática a ser desenvolvida pela dissertação versa sobre as invalidades pré-contratuais e a impossibilidade de satisfação do pedido do autor, isto é, quando o tribunal não consegue proporcionar ao autor a utilidade específica que este pretendia quando intentou a ação.

Propomos iniciar o estudo, em primeiro lugar, centrando a nossa atenção apenas na impossibilidade de satisfação do autor pela a verificação de uma causa legítima de inexecução. As causas legítimas são situações excepcionais que tornam lícita a inexecução dos tribunais administrativos, surgindo, no entanto, a contrapartida de um dever indemnizatório para a Administração¹. Todavia, antes de considerarmos em detalhe a indemnização pelo facto de inexecução da sentença, procuraremos enquadrar tematicamente o instituto das causas legítimas de inexecução, a fim de delimitar o objeto de investigação, perceber a sua evolução no nosso ordenamento, quais os limites da sua aplicação, e até que ponto podem garantir uma maior efetividade de tutela ao particular. O legislador restringe as causas legítimas de inexecução, no artigo 163.º do CPTA, a meramente duas situações a impossibilidade absoluta e o excepcional prejuízo para o interesse público. Apesar da tipificação, ainda se levantam dúvidas acerca da aplicação deste regime excepcional, nomeadamente, no pagamento de quantias elevadas pela a Administração, até que ponto não poderá ser arguido um excepcional prejuízo para o interesse público perante a falta de verbas dos cofres públicos.

A impossibilidade de satisfação do pedido do autor causado por uma causa legítima que dispensa a Administração do seu dever de executar uma determinada sentença, gera um direito de ressarcimento do particular. Esforçamo-nos por delimitar, da forma mais precisa que conseguimos alcançar, os contornos da obrigação de indemnização pela inexecução da sentença, desejando ter contribuído, ainda que de forma modesta, para uma compreensão mais esclarecida sobre o tema.

O facto de a doutrina não apresentar uma posição unânime sobre qual o fundamento do dever de indemnização, obriga-nos a fazer uma reflexão sobre as diferentes posições doutrinárias, acrescentando uma interrogação sobre qual das duas indemnizações possíveis deverão ser prestadas. Considerando assim, por um lado, a indemnização pelo

¹ Diogo Freitas do Amaral, A execução das sentenças dos tribunais administrativos, 2.ª edição, Almedina, 1997, p. 123.

facto da inexecução da sentença, e por outro, a indemnização civil pelo ato ilícito. Até que ponto existe um regime dual compensatório, e, acima de tudo se há uma alternatividade entre as duas possíveis indemnizações. Pretendemos fazer uma reflexão com maior profundidade sobre o dever de indemnização que recai sobre a Administração, e sobre o próprio alcance e limites da indemnização devida pela inexecução da sentença.

A obrigação de indemnizar merece uma análise detalhada, não só quanto ao fundamento, mas também sobre a atribuição do montante e a determinação do mesmo, nomeadamente, quais os fatores a considerar no apuramento de uma justa indemnização, e quais o critério a utilizar perante uma indefinição dos pressupostos indemnizatórios. O pensamento jurisdicional tem seguido a solução civilista da aplicação dos princípios de equidade, na falta de termos esclarecedores. A jurisprudência tem apresentado um pensamento conservador, e porventura demasiado preso a ideia de indemnização civil. Enquanto partilhamos o entendimento pela utilidade das soluções do Direito Civil, como meio subsidiário, o Direito Administrativo não deve ficar na refém do Direito Civil, devendo procurar encontrar as suas soluções próprias para os seus problemas próprios.

Na segunda parte da dissertação, fazemos uma reflexão sobre o tema do afastamento ilícito dos concorrentes, nomeadamente, no âmbito das relações pré-contratuais, um interessado na adjudicação é afastado ilicitamente do concurso, restando-lhe apenas uma solução indemnizatória. Procurámos esclarecer os motivos que reclamam a necessária graduação da probabilidade de obtenção da adjudicação, como elemento essencial da quantificação da indemnização a prestar pela impossibilidade de satisfação do concorrente ilicitamente excluído. Fazemos um reconhecimento da importância do Direito da União Europeia nesta matéria, com uma breve incursão sobre as Diretivas Recursos, e sua manifestação como fonte de uma maior garantia de tutela para o particular no ordenamento jurídico português.

Importa, por fim, ter em conta a figura da perda de chance, ainda pouco desenvolvida na nossa doutrina, nomeadamente, a perda de chance como instrumento na aplicação na compensação na contratação pública, e a consideração da sua equivalência à perda de sentença, já apresentada pela jurisprudência.

Parte I

Capítulo I

Impossibilidade de satisfação do pedido do autor e causas legítimas de inexecução

2. Evolução e enquadramento normativo

Os dados presentes sobre a temática da inexecução de sentenças administrativas e consequente impossibilidade de satisfação do pedido do autor têm vindo a sofrer uma lenta mutação na sua sistematização e interpretação normativa. O legislador e a jurisprudência têm seguido uma interpretação conservadora, diretamente dependente do aprofundamento doutrinal, levando a que o ordenamento jurídico português demorasse algumas décadas a assimilar, em todo o seu alcance, as causas legítimas de inexecução².

A solução de inexecução de uma sentença administrativa foi inicialmente consagrada no sistema português pelo artigo 49.º, n.º 2 do Regulamento do Supremo Conselho de Administração Pública, aprovado pelo Decreto n.º 19 243 de 16 de janeiro de 1931, apresentava uma substância mínima acerca da tutela jurisdicional ao particular, e apenas prevendo a situação de inexecução de uma sentença: *“se a entidade que houver dar cumprimento ao acórdão entender que há grave prejuízo ou embaraço na sua execução, ou que esta se mostra impossível, assim o declarará, alegando as razões em que se baseia, no prazo de dez dias, perante o Supremo Conselho, e este, em sessão plena de todos os vogais, pronunciar-se-á dentro de igual prazo sobre a alegação, decidindo por acórdão”*.

A previsão legislativa manteve-se no nosso ordenamento com o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 23 185, de 30 de outubro de 1933, passando posteriormente para o artigo 77.º, n.º 1 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei 41 234 de 20 de agosto de 1957. Tratava-se de um regime extremamente favorável para a Administração, ramificando-se o entendimento de disparidade justificada da relação de poder da Administração para o particular. Esta solução normativa foi criada num contexto de ditadura militar, onde reinava a autocracia e consequente desequilíbrio nas relações entre o particular e a Administração. As interpretações do poder

² Neste sentido Mário Aroso de Almeida, A execução das sentenças dos tribunais Administrativos no Pensamento de Diogo Freitas do Amaral, In: Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 135.

jurisdicional sobre a inexecução de sentenças tinham um carácter muito pouco favorável para o particular, ditando uma impossibilidade de concretização de uma sentença quando o conteúdo fosse uma execução contra o Governo, deixando o particular numa posição precária face à efetivação dos seus eventuais direitos³. O Governo beneficiava de uma presunção legal de impossibilidade face às restantes entidades administrativas que tinham de provar a existência dessa impossibilidade, significando assim que esta enorme proteção normativa do Governo iria deixar o particular sem qualquer hipótese de ver o seu direito executado⁴.

A possibilidade de reagir contra uma inexecução de sentença apenas estava prevista para as situações em que o dever de executar pendesse sobre órgãos administrativos que não o Governo, e apenas nas situações onde invocassem espontaneamente a existência de uma impossibilidade de execução. Quando a inexecução fosse relativa a um acórdão do STA⁵, restava uma eventual reparação aos interessados caso a alegação fosse provada, conforme o n.º 2, do artigo 77.º, do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo. Acentuando a debilidade da posição jurídica do particular, o Governo tinha inteira liberdade de escolha do momento de pagamento de quantias certas impostas pela sentença, cabendo ao Conselho de Ministros definir *quando e se* era conveniente a sua liquidação⁶. Caso estivessemos perante uma inexecução de sentença proferida pelas Auditorias Administrativas⁷, apenas restava ao particular a possibilidade de o juiz reportar a situação de inexecução aos superiores hierárquicos ou tutelares para reafirmarem o dever de executar. Para as situações em que existia a manutenção do incumprimento do dever de executar, restava a sanção de *dissolução do corpo administrativo*.

³ Como determinava o artigo 77.º, n.º 1 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei 41 234 de 20 de agosto de 1957.

⁴ O artigo 77.º, n.º 5 do Decreto-Lei 41 234 de 20 de agosto de 1957 estabelecia: “a inexecução das decisões por parte do Governo presume-se determinada por impossibilidade”. Freitas do Amaral veio defender que apenas estava aqui em causa uma presunção *juris tantum*, defendendo que se podia utilizar o processo de averiguação da existência de causas legítimas de inexecução para ilidir tal presunção de impossibilidade, permitindo assim garantir uma maior tutela ao particular. in Freitas do Amaral, A Execução das sentenças dos tribunais administrativos, Lisboa, 2.ª edição, Almedina, 1997, p. 153 e 154.

⁵ O STA limitava a sua competência contenciosa meramente aos atos de ministros e subsecretários de Estado e de órgãos dirigentes dos serviços personalizados do Estado.

⁶ Cf. Artigo 77.º, n.º 5 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei 41 234 de 20 de agosto de 1957.

⁷ As Autoridades Administrativas tinham a sua competência limitada ao contencioso da administração local.

Posteriormente ao período de ditadura militar, pela primeira vez, foi positivado o conceito de causa legítima de inexecução no Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho. Este conceito veio a dar a expressão normativa às posições doutrinárias até então, que já tinham reconhecido que, em determinadas circunstâncias, a Administração poderia ser desonerada de cumprir obrigações impostas por sentenças dos tribunais administrativos. O Decreto-Lei n.º 256-A/77 consagrou o princípio da licitude do incumprimento do dever de executar da Administração no plano do direito substantivo, como vinha a defender Freitas do Amaral⁸, sendo o direito de execução um direito condicionado pela necessidade de prevalência do interesse público.

Com o estabelecimento do sistema das *causas legítimas de inexecução*, a previsão do Decreto-Lei n.º 256-A/77, acabou por ser inovadora, pois tal positividade normativa não era seguida por outros ordenamentos jurídicos europeus⁹. Apenas o ordenamento jurídico espanhol tinha a previsão legal de admitir o *grave prejuízo para o interesse público* como causa legítima de inexecução de sentença por parte da Administração, dispensando-a do dever de executar. Os ordenamentos italianos e franceses não tinham positivados no contencioso administrativo qualquer referência legal expressa sobre a possibilidade de uma inexecução lícita, apesar de uma aplicação geral dos princípios do direito civil aceitarem que a impossibilidade da execução poderia justificar a inexecução da sentença.

Todos os tribunais administrativos, independentemente da sua categoria, na emissão das suas sentenças, seguiam as regras comuns do sistema das *causas legítimas de execução* estabelecidas no Decreto-Lei n.º 256-A/77, enquadrando-se no princípio constitucional da obrigatoriedade e prevalência das sentenças jurisdicionais. Assim, a previsão de inexecução de sentença por causa legítima encontrava-se positivada no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77¹⁰, limitando exclusivamente no n.º 2 do artigo duas situações de causa legítima de inexecução, a *impossibilidade* e o *grave prejuízo para o*

⁸ Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 232.

⁹ Cf. Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 126 e 136.

¹⁰ “ 1. A sentença deve ser integralmente executada dentro do prazo de sessenta dias, a contar da apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do artigo anterior, salvo ocorrência de causa legítima de inexecução. 2. Só constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade e o grave prejuízo para o interesse público no cumprimento da sentença. 3. A causa legítima de inexecução pode respeitar a toda ou parte da sentença. 4. A invocação de causa legítima de inexecução deve ser fundamentada e notificada ao interessado, com os respetivos fundamentos. 5. Quando a execução da sentença consistir no pagamento de quantia certa, não é invocável causa legítima de inexecução.”

interesse público no cumprimento da sentença. O legislador decidiu ainda, no Decreto-Lei n.º 256-A/77, abandonar a previsão de “*embaraço na execução*” prevista na lei anterior¹¹, apurando o alcance desta expressão, apenas poderia ser enquadrada como causa legítima de inexecução caso originasse um *grave prejuízo para o interesse público*¹².

Houve uma clara intenção de aumentar a efetividade das sentenças dos tribunais administrativos, e dar um maior equilíbrio às relações entre o particular e a Administração. Deixou de existir a presunção legal de impossibilidade do Governo, passando toda a Administração a ter a obrigação de invocar a existência de causa legítima de execução¹³. O Governo deixou de ter a liberdade de deixar de executar as sentenças que eram emitidas contra si, e de escolher o momento mais conveniente para as executar. Este diploma legislativo veio trazer maiores garantias de efetividade da tutela do particular com a inovação de no caso de não haver execução espontânea e a entidade administrativa obrigada nada invocar por essa inércia, o particular tinha agora a possibilidade pedir ao tribunal que se pronunciasse sobre a existência de uma causa legítima de inexecução¹⁴. Caso a Administração pretendesse eximir-se do dever de executar, teria de invocar no prazo de 60 dias da execução espontânea, que o tribunal se pronunciar-se sobre a existência de uma causa legítima de inexecução¹⁵. Houve igualmente uma evolução face à perceção da compensação do particular, ao contrário da lei do *tempo da outra senhora*, o legislador aprofundou em que termos a indemnização pela a inexecução da sentença deveria ser fixada. O artigo 7.º, n.º 1 *in fine*, do Decreto-Lei n.º 256-A/77 veio assim afirmar que “*a fixação de indemnização dos prejuízos resultantes do ato anulado pela sentença e inexecução desta*”. Assim o conceito da indemnização é expandido, tendo como fonte de justificação não apenas os prejuízos do ato anulado, como a própria inexecução da sentença, isto é, duas fontes distintas para a compensação do particular. Configura-se assim, a distinção entre os danos pela inexecução e os danos pelo ato ilegal praticado pela a Administração.

¹¹ Artigo 28.º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 40 768, de 8 de setembro de 1956.

¹² Como vinha a afirmar Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 191 e 192.

¹³ Artigo 6.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho.

¹⁴ Artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho.

¹⁵ Artigo 7.º, n.º 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho.

Posteriormente, já no século XXI, no CPTA¹⁶, o artigo 163.º foi o sucessor do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, ao reconhecer as causas legítimas de inexecução, mantendo a orientação tradicional da tipificação. Este mesmo artigo foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, onde o legislador passou a falar num “*excecional prejuízo para interesse público*” substituindo a anterior denominação “*grave prejuízo*”. Esta alteração significou uma focalização na expressão excecional, acentuando o escopo reduzido que apenas deve ser reconhecido em *situações-limite* que justifiquem a inexecução de uma sentença pelo *excecional prejuízo* ao interesse público.

Sobre a questão indemnizatória a atual nomenclatura legislativa, através CPTA, veio apenas consagrar a possibilidade de um acordo sobre a indemnização devida em caso de inexecução da sentença por causa legítima no artigo 166.º, n.º 1: “*1 - Quando o tribunal julgue procedente a oposição fundada na existência de causa legítima de inexecução, ordena a notificação da Administração e do exequente para, no prazo de 20 dias, acordarem no montante da indemnização devida pelo facto da inexecução, podendo o prazo ser prorrogado se for previsível que o acordo se possa vir a concretizar em momento próximo.*” Assim, a Administração fica eximida do seu dever de cumprir, ou de *executar* – *execução espontânea por parte da Administração, dos deveres que sobre ela recaem* – artigo 162.º, n.º 1 e artigo 175.º, n.º 1, ambos do CPTA. A desoneração do dever de cumprir a sentença está assim contemplada e legitimada, contudo, há que notar que a Administração não fica totalmente desonerada, não há uma desresponsabilização do seu comportamento. Com a extinção do dever de cumprir a sentença, surge o dever de indemnizar “*pelo facto da inexecução*” resultante do CPTA, nos artigos 164.º, n.º 6, 166.º, n.º 1, 176.º, n.º 7 e 177.º, n.º 3. Assim, o dever de reconstituição ou de satisfação do próprio interesse lesado, mediante uma execução específica (no caso de estar em causa o cumprimento de uma obrigação positiva) ou a repristinação (no caso de estar em causa o cumprimento de uma obrigação negativa), é convertido num dever de indemnização ao titular do direito de execução da sentença. Trata-se aqui de uma responsabilização objetiva da Administração.

¹⁶ Marco legislativo criado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.

3. Impossibilidade de satisfação do autor

A impossibilidade de satisfação do pedido do autor está intimamente ligada com a problemática da celeridade da justiça administrativa. A falta de uma resposta oportuna ao pedido legítimo do autor, pode dar origem a uma impossibilidade de realização da pretensão do autor, restando apenas a possibilidade de indemnização. Em causa está a resposta ao pedido do particular, a procura de uma efetivação do direito do particular, seja ela realizada através de uma tutela primária ou de tutela secundária.

A execução de uma decisão judicial anulatória de ato administrativo consiste na prática pela Administração dos atos e operações materiais necessários à reintegração da ordem jurídica violada de forma a que seja restabelecida a situação que o interessado tinha à data do ato ilegal e a reconstituir, se for caso disso, a situação que o mesmo teria se o ato não tivesse sido praticado, a denominada reconstituição da situação atual hipotética¹⁷. Importa referir que *«a execução do efeito repristinatório da sentença anulatória não se confunde com a reparação, por reintegração específica, de danos causados pelo ato anulado. Isto não resulta propriamente do facto de ela não poder conduzir à reconstituição da situação atual hipotética que teria existido sem o ato, mas, antes disso, decorre do facto de não estar em jogo a satisfação de uma pretensão secundária, dirigida à reparação de danos e portanto a compensar um direito que foi lesado, mas de uma pretensão primária, que reage contra “a própria violação do direito ou do interesse juridicamente protegido, com o fim de restaurar o equilíbrio perturbado” e, assim, de realizar o direito agredido pelo ato ilegal»*. Há assim, uma *«distinção entre os planos da tutela repristinatória e da reparação de danos»*; ponto assente que *«a execução a sentença se analisa no cumprimento de determinados deveres de prestar que, como se procurou deixar claro, não se confundem com a reintegração específica de eventuais danos causados pelo ato ilegal»*¹⁸.

No caso de se verificar uma impossibilidade de satisfação do pedido do autor pela existência de uma causa legítima de inexecução, o direito será realizado não através da tutela primária, mas sim através de uma tutela secundária. Enquanto que a tutela

¹⁷ Acórdão do TCA Sul, de 16 de junho de 2016, P. nº 13044/16.

¹⁸ Acórdão do TCA Norte de 06 de março de 2015, P. nº 2410/05.8BEPRT-A; e Mário Aroso de Almeida, “Anulação de atos administrativos e relações jurídicas emergentes”, Coleção Teses, Almedina, 2002, pp. 426 a 431, e p. 816.».

primária possibilita a eliminação total do ato ilícito do ordenamento jurídico, e permite a realização do interesse do particular, e consequentemente do interesse público, a tutela secundária, por sua vez, o ato ilícito permanece no ordenamento jurídico, e apenas, no caso concreto, são retirados os efeitos nocivos para o particular, sendo ressarcido pelos danos sofridos. Há uma impossibilidade absoluta de satisfação dos interesses do autor quando existe uma circunstância que impede que o tribunal consiga proporcionar ao autor a utilidade específica que ele pretendia quando intentou a ação. O interessado não conseguiu fazer valer o ser direito por meio processual, isto é, existe uma impossibilidade de satisfação que se manifesta pelo facto de a sentença não possibilitar a extração das consequências que permitam a realização do direito do interessado. Essa circunstância impeditiva corresponde a uma impossibilidade *tout court* do objeto negocial ou do cumprimento da obrigação. Trata-se de uma situação em que, física ou juridicamente, aquele objeto é irrealizável gerando uma impossibilidade cumprimento da obrigação. Assim, apenas resta ao interessado a atribuição de uma compensação devida, isto é, a indemnização pelo facto de inexecução que representa a não satisfação pela posição primária, diretamente dirigida a um bem¹⁹.

A impossibilidade de satisfação do autor poderá ser total ou parcial, conforme o impedimento seja total ou parcial à realização dos atos que levem à reintegração completa da ordem jurídica. No caso de uma execução parcial, o particular terá direito a ser indemnizado pela parte restante. A impossibilidade poderá igualmente ser temporária ou definitiva, caso seja temporária apenas implicará o atraso da execução da sentença, e não a legitimidade para a sua inexecução.

3.1. Causas de legítimas de inexecução

A impossibilidade de satisfação da pretensão do autor é justificada por uma causa legítima de inexecução da sentença. Ainda que o autor tenha uma pretensão legítima, esta não pode ser realizada devido a um impedimento absoluto, isto é, uma causa legítima de inexecução. A previsão legal de causas legítimas de inexecução surgiu inicialmente numa lógica de fungibilidade entre a execução específica e uma execução por sucedâneo, onde a Administração poderia optar pela compensação pecuniária invés de executar a

¹⁹ Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 772.

sentença. Havia um reconhecimento do instituto, mas a Administração tinha o poder de escolha entre a execução ou pagamento da indemnização, realçando o desequilíbrio das relações entre o privado e a Administração. Nas palavras de Marcello Caetano: “*deve deixar-se à Administração... a escolha entre a execução direta e específica da decisão judicial e a execução mediante o pagamento de indemnização... procurando um justo equivalente patrimonial.*”²⁰. De notar igualmente que o desrespeito do princípio da obrigatoriedade do caso julgado ou respeito pelo direito à execução dos particulares não padeciam de qualquer desvalor jurídico.

Freitas do Amaral veio aprofundar este conceito da execução por sucedâneo afirmando estar em causa um *incumprimento definitivo do dever de executar*, e não uma forma de cumprimento²¹. Não se faz cumprir o princípio da identidade da sentença. Na chamada execução por equivalente não está em causa o cumprimento da obrigação principal de prestar, mas sim a indemnização – a obrigação secundária de prestar. Releva aqui a distinção sumária entre uma justiça restitutiva, onde a restituição é imposta a quem dela beneficiou, e a justiça reparadora, que por sua vez visa “*restabelecer um equilíbrio patrimonial comprometido*”²². Freitas do Amaral, no enquadramento sistemático dos fundamentos legalmente previstos de inexecução de sentenças dos tribunais administrativo, veio definir causas legítimas de inexecução como “*situações excecionais que tornam lícita, para todos os efeitos, a inexecução de sentenças dos tribunais administrativos, obrigando, no entanto, ao pagamento de uma indemnização compensatória ao titular do direito de execução*”²³.

Existem duas categorias tipificadas como causa legítima de inexecução, no artigo 163.º do CPTA, os casos em que a execução da sentença iria ser sinónimo de um excecional prejuízo para o interesse público, e ainda, os casos em que a execução da sentença sofra de uma impossibilidade absoluta sobre o objeto de execução. Falamos aqui de uma impossibilidade absoluta, seja ela de facto ou de direito, que impeça a satisfação dos interesses do autor; e de um excecional prejuízo para o interesse o interesse público que possa resultar de um hipotético cumprimento da sentença pela entidade demanda.

²⁰ Marcello Caetano, Tratado elementar de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1943, pp. 372-373.

²¹ Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 349-350 e 356.

²² Catherine Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, Paris 1992, p. 391 e 440-441.

²³ Cf. Freitas do Amaral, A Execução das..., op., cit., p. 123.

Rejeitamos a hipótese, previamente defendida pela jurisprudência²⁴, que o juiz possa declarar a instância por inutilidade superveniente da lide como causa legítima de inexecução.

Ambas situações tipificadas no artigo 163º do CPTA têm um escopo diferenciado, assentando-se cada uma em pressupostos diferentes. No caso da impossibilidade absoluta, esta baseia-se na *ad impossibilita nemo tenetur*²⁵. Aquando de uma impossibilidade absoluta, o tribunal pode não conseguir fazer valer o direito do interessado pela existência de uma impossibilidade absoluta. Na segunda hipótese, a prestação não é cumprida por razões de excecional prejuízo para o interesse público, o tribunal faz uma ponderação dos interesses em causa, acabando por dispensar a Administração do dever de executar.

Rodrigo Esteves de Oliveira diferencia as duas causas legítimas de inexecução designando a impossibilidade absoluta como “*causa natural*” da inexecução porque é imposta pela força dos factos, e o excecional prejuízo para o interesse público como a “*causa administrativa*”, pois “*assenta num juízo político administrativo do legislador, e, como tal, tanto pode existir como não, na medida prevista ou noutra*”²⁶.

As causas legítimas serão sempre *situações excecionais*. Há uma ponderação dos diversos interesses em causa, há uma subordinação ao interesse público, com a consequência do sacrifício do direito do particular. Há uma licitude na subordinação dos interesses envolvidos, prevalecendo o interesse público sobre o interesse individual.

Levanta-se a questão das causas que são em parte impossíveis de serem concretizadas ou de uma causa que coloque em parte um excecional prejuízo para o interesse público, merecem igualmente um reconhecimento como causas legítimas de inexecução da sentença. Somos a favor do entendimento que a parcialidade não será suficiente para preencher o requisito de causa legítima de inexecução da sentença, considerando que a impossibilidade de execução para ser considerada uma causa legítima de inexecução terá de ser sempre absoluta²⁷ e atual.

²⁴ Acórdão do TCA Sul de 6 de junho de 2007, P. 7176/03.

²⁵ Vide Diogo Freitas do Amaral, “Direito Administrativo...”, op. cit., p. 244.

²⁶ Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 252.

²⁷ Ver o Acórdão STA de 9 de dezembro de 2004, P. n.º 030373.

3.1.1 Impossibilidade absoluta

A primeira causa legítima de inexecução tipificada no artigo 163.º do CPTA é a impossibilidade absoluta, ou seja, a possibilidade de o tribunal não conseguir proporcionar ao autor da ação a utilidade pretendida pela verificação de uma impossibilidade absoluta²⁸. A impossibilidade em causa não deverá ser apenas uma mera dificuldade ou onerosidade da prestação, é necessário estar em causa um impedimento irremovível²⁹, em absoluto. A impossibilidade absoluta, é caracterizada de forma objetiva, não dependendo de qualquer juízo valorativo para o seu reconhecimento. Terá assim, de ser aceite por força máxima *ad impossibilia nemo tenetur*. A impossibilidade absoluta, diz respeito a um “*impedimento irremovível*”³⁰, não se confundido com *difficultas praestandi*³¹ nem no *embaraço na execução*³². Uma prestação que se tenha tornado *extraordinariamente onerosa* ou *excessivamente difícil* não se poderá considerar como uma impossibilidade absoluta, por exemplo a súbita valoração de certos produtos ou no caso de inflação³³. Nestas situações o particular manterá o seu direito em ver a sentença executada, nos casos de impossibilidade subjetiva ou impossibilidade temporária³⁴.

Nas palavras de Pedro Manchete, a impossibilidade absoluta “*é apreciada de forma objetiva e a sua relevância como fundamento da compensação a atribuir ao titular do direito à execução decorre da circunstância de tal impossibilidade ser ulterior à ilegalidade cometida pela Administração: o risco de uma eventual impossibilidade decorre por conta desta, uma vez que o que está em causa é o seu dever de reconstituir uma situação que foi modificada ilegalmente. A transferência de risco é consequência de um anterior comportamento ilegal*”³⁵.

²⁸ A impossibilidade da prestação também é reconhecida no Direito das Obrigações, onde nem há a denominação de não cumprimento, por não haver o que cumprir. Menezes Cordeiro, Direito das Obrigações, vol. II, Lisboa, 1980, p. 426.

²⁹ Freitas do Amaral, A execução...op. cit., p. 125. No mesmo sentido os Acórdãos do STA de 29 de novembro de 1995, P. n.º 35115, e de 9 de dezembro de 2004, P. n.º 30373.

³⁰ Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 232.

³¹ Nos termos da tradição civilista.

³² Expressão anteriormente utilizada na lei do processo administrativo, artigo 28.º Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, e artigo 77.º, n.º 1 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo.

³³ Neste sentido Antunes Varela, Das Obrigações em geral, Vol. II, Almedina, 6.ª edição, 1995, p. 63 e 67.

³⁴ Sobre estes conceitos Antunes Varela, Das obrigações.... Op. cit., p. 63 d 67.

³⁵ Pedro Manchete, Processo Executivo, in Temas e Problemas de Processo Administrativo – Intervenções do Curso de Pós-graduações sobre o Processo Administrativo (e-book), ICJP, Lisboa, 2010, p. 171.

A situação de impossibilidade absoluta nem precisaria de um reconhecimento legal para ser aceite, pois a obrigação de realizar uma prestação só subsiste se e na medida que a prestação for possível, *ergo*, a partir do momento que a prestação deixa de existir, a obrigação de a realizar deixará de existir. O reconhecimento do instituto legal da impossibilidade absoluta, é relevante não para reconhecer que a Administração não cumpra a obrigação que se tornou impossível, mas sim para reconhecer o direito a ser indemnizado do interessado. Sempre que a prestação tenha uma impossibilidade absoluta de ser cumprida pela a Administração, recai sobre a Administração o dever de indemnizar o interessado que se viu privado do cumprimento por parte da Administração de uma situação jurídica. Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha referem que *“a instituição legal da impossibilidade absoluta como uma das modalidades que integram o instituto das causas legítimas de inexecução é útil e reveste-se de grande importância: não, naturalmente, para o efeito de permitir que a Administração não faça o que se tornou impossível fazer, mas para o efeito de estabelecer que, sempre que o cumprimento da obrigação a cargo da Administração se torne impossível, seja por que motivo for, esta tem de indemnizar o interessado no cumprimento pelo facto de se ver privado da situação em que esse cumprimento o deveria colocar.”*³⁶

Nestes casos de impossibilidade absoluta o risco é transferido para a Administração, para a esfera da entidade pública obrigada, verificando-se aqui o abandono do princípio geral do direito civil, o risco da prestação corre por conta do credor. Existe um critério de responsabilização objetiva, independentemente do juízo de culpa, existirá o dever de indemnizar o interessado pela a Administração. Estabelece-se um juízo objetivo de censura sobre a conduta não realizada pela Administração, que servirá de fundamento justificativo para o direito de indemnização do interessado.

Importa notar que o legislador refere a existência de impossibilidade absoluta, e já não meramente de uma impossibilidade³⁷. Não é de aceitar como impossibilidade absoluta os casos em que exista uma grande onerosidade ou grande dificuldade em

³⁶ Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., p. 932

³⁷ No mesmo sentido, Rodrigo Esteves de Oliveira, “Processo executivo: algumas questões” in *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2005, p. 252.

cumprir a prestação imposta pela sentença, falamos aqui de casos de uma impossibilidade relativa³⁸.

A impossibilidade absoluta da execução não é sinónimo de impossibilidade de toda a execução, devendo caso a caso ser considerado. Neste sentido o artigo 163.º, n.º 2 do CPTA – as causas legítimas de inexecução poderão inviabilizar todas as prestações impostas por sentença ou parte delas. A Administração poderá ficar desonerada do cumprimento de parte das prestações, podendo o particular requerer a execução das restantes prestações. Assim, *“pode hoje ocorrer com maior frequência, uma vez que o CPTA permite a livre cumulação de pedidos, dando azo a que a sentença possa conter decisões autónomas, ainda que conexas, cujo grau de dificuldade de execução poderá ser muito diverso”*³⁹.

A impossibilidade da execução poderá surgir por *“determinação da lei, seja por força da natureza (caso furtivo ou de força maior) ou por ação do homem”*⁴⁰. A impossibilidade absoluta tanto pode ser jurídica como física. A impossibilidade jurídica de integração poderá surgir, por exemplo, na obrigação de colocar um funcionário num lugar ou categoria àquela que deveria ter sido colocado caso o ato administrativo ilegal não tivesse sido praticado, resposta no artigo 173.º, n.º 4 do CPTA. Contudo, esta previsão não elimina completamente outras causas de impossibilidade deste tipo de sentença⁴¹. Será tido como exemplo a impossibilidade de execução nestes casos: *“a extinção da direção de serviços para que havia sido aberto concurso para o preenchimento do cargo de diretor e com a extinção das comissões de serviços de todos os diretores de serviço da DGT*

³⁸ Nicola, Contributi della scienza del diritto amministrativo alla teoria generale del diritto: problemi antichi e argomenti novissimi, p. 345. – defende que a prestação se deve considerar uma impossibilidade absoluta quando se trate de uma demolição de um arranha-céus numa época de crise de habitação. Um melhor argumento seria, que a execução de tal sentença poderia trazer um excecional prejuízo para a Administração.

³⁹ Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., p. 810.

⁴⁰ Antunes Varela, Das obrigações... op. cit., p. 67.

⁴¹ Por exemplo o Acórdão do TCA Norte de 1 de outubro de 2010, P. n.º 00964-A/01-Coimbra: *“Todavia, as expectativas de promoção só são legítimas se for demonstrado que, se não fosse acto ilegal, o funcionário teria livremente participado concurso e provavelmente obtido a promoção. Essa demonstração passa pela análise comparativa da evolução da carreira de outros funcionários que se encontravam na mesma situação do exequente no período em que foi impedido de participar em concursos de promoção. Há impossibilidade legal da Administração satisfazer a pretensão de abertura de concurso de acesso na sequência da anulação de pena disciplinar impeditiva da promoção se surgirem novas regras concursais com vocação de aplicabilidade exclusiva para o futuro”*.

*e, finalmente, com a extinção pura e simples da DGT, deixou de ser objetiva e legalmente possível a execução*⁴².

O artigo 163.º n.º 2 do CPTA estabelece que quando a impossibilidade de execução é parcial, desonera apenas a Administração do dever de remover, reformar ou substituir os atos consequentes que beneficiem terceiros de boa-fé, mantendo-se o dever de executar em relação a outras prestações devidas⁴³. Por outro lado, quando seja a Administração a provocar a impossibilidade absoluta “*não haverá em princípio uma causa legítima*”⁴⁴ de inexecução, mas sim uma causa ilegítima de inexecução dando azo à responsabilidade civil, nos termos do artigo 158.º do CPTA.

Uma impossibilidade jurídica⁴⁵ diz respeito a uma impossibilidade legal de execução, a alteração normativa surge depois de emitida a sentença que condena à regulamentação. A impossibilidade absoluta jurídica pode surgir devido a uma alteração superveniente do quadro normativo aplicável. Numa situação de superveniência normativa apenas é reconhecida⁴⁶, caso o legislador não acautele a manutenção das situações constitutivas em momento anterior à sua entrada em vigor, isto é, situações às quais que em execução de sentença devem ser equiparadas aquela do interessado. Por exemplo, não será uma causa legítima de inexecução, um novo plano urbanístico que proibindo novas construções, salvasse as situações constituídas no passado – momento em que o interessado deveria ter visto o seu direito ser constituído.

Os tradicionais exemplos de causas legítimas de inexecução por impossibilidade absoluta serão: a impossibilidade de retomar o procedimento pré-contratual quando o

⁴² Acórdão do TCA Sul, de 15 de março de 2012, P. n.º 0588/10.

⁴³ Vieira de Andrade crítica o âmbito subjetivo restritivo desta previsão legal. Na opinião do autor, não protege os contra-interessados, “*não há impedimento jurídico que impossibilite a própria manutenção do ato consequente. Sem prejuízo e com respeito pela preponderância dos interesses do candidato que devesse ter sido nomeado inicialmente, muito menos haverá razão para negar uma indemnização ao contra-interessado que tenha sido lesado pela a anulação, desde que esteja de boa-fé, por os erros serem exclusivamente imputáveis à Administração*” – *Inconsequências e Iniquidades na Aplicação da Doutrina da Nulidade do “Ato consequente” de Ato Anulado, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV, Coimbra, p. 404.*

⁴⁴ Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo Executivo... op. cit., p. 253.

⁴⁵ Ver o Acórdão do TCA SUL de 8 de novembro de 2012, P. n.º 08932/12, numa condenação da Administração a proceder à regulamentação de determinada norma legislativa em determinado prazo, a revogação expressa da norma cuja a regulamentação se impunha, como “*uma verdadeira causa legítima*”.

⁴⁶ Indo ao encontro do disposto do artigo 45.º, n.º 3: “*a alteração superveniente só impede a procedência da ação de condenação à prática de ato devido quando se verifique que, mesmo que a pretensão do autor tivesse sido satisfeita no momento próprio, a referida alteração teria o alcance de lhe retirar a titularidade da correspondente situação jurídica de vantagem, constituindo-o no direito de ser indemnizado por esse facto*”.

contrato já foi celebrado e executado⁴⁷; ou ainda quando o autor de uma ação de restituição de uma coisa que, entretanto, deixou de existir. Apesar de o tribunal não conseguir proporcionar a utilidade específica do autor, é-lhe reconhecido um direito de indemnização por impossibilidade absoluta de satisfação do autor. É aplicado o mesmo regime mencionado no caso da inexecução da sentença por razões de interesse público.

3.1.2 Excecional prejuízo para o interesse público

Além da impossibilidade absoluta, o artigo 163.º do CPTA, tipifica como possível causa legítima de inexecução de uma sentença a existência de um excecional prejuízo para o interesse público. Quando o tribunal não consiga proporcionar ao autor a utilidade que este pretendia com o meio processual utilizado por razões imperativas de interesse público, e cujo o excecional prejuízo este será o fundamento da não realização da prestação devida.

O excecional prejuízo para interesse público diz respeito a situações-limite⁴⁸ que têm um carácter excecional, manifestando-se um desequilíbrio evidente dos interesses em causa, onde há um forte prejuízo para o interesse público, isto é, para a comunidade. Nesta solução jurídica há uma clara opção política em sacrificar o direito de execução do particular. A realização da prestação da iria, de forma clara, pôr em causa o bem-estar da comunidade num sentido amplo, o interesse público resultando assim o sacrifício para o interessado com a não satisfação do seu direito.

Pedro Manchete considera que esta previsão legal serve como “*válvula de segurança do sistema enformada pelo princípio da proporcionalidade: admite-se que excecionalmente este princípio possa impor um sacrifício especial ao titular do direito à execução, em ordem a salvaguardar interesses públicos ou interesses de eventuais terceiros de boa-fé, devendo tal sacrifício ser compensado pelo pagamento de uma quantia em dinheiro*”⁴⁹. Trata-se de uma salvaguarda do legislador que deverá apenas fazer funcionar

⁴⁷ Acórdãos do STA de 14 de julho de 2008, P. n.º 47693-A, de 20 de novembro de 2011, P. n.º 949/12, de 29 de outubro de 2015, P. n.º 413/14.

⁴⁸ A permissão normativa da inexecução da sentença administrativa é referida como afloramento do princípio do estado de necessidade em: Sérvulo Correia, *Legalidade E Autonomia Contratual Nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 283.

⁴⁹ Pedro Manchete, *Processo Executivo...* op. cit., p. 171.

em situações extremas, evidentes e de emergência⁵⁰. Visa assim cumprir o corolário do princípio da proporcionalidade⁵¹, dentro das relações jurídicas resultantes de invalidades pré-contratuais. O sentido de proporcionalidade é essencial da ponderação do tribunal⁵², tendo o poder jurisdicional a última palavra na ponderação destes interesses.

Com a última revisão do CPTA pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 2 de outubro, o legislador alterou a denominação no artigo 163.º de “grave lesão” para o “*excecional prejuízo*” para o interesse público, passando agora a existir uma verdadeira equivalência entre as causas legítimas inexecução possíveis de ser invocadas em execução da sentença – que reportarão a factos supervenientes à emissão da decisão judicial, e as causas legítimas de inexecução que poderão ser invocadas em sede declarativa.

3.1.3 Pagamento de uma quantia pecuniária

Determinadas quantias poderão revelar-se excessivamente onerosas para a Administração. Até que ponto essa onerosidade não poderá ser invocada pela Administração como uma causa legítima de inexecução de uma determinada sentença? No nosso entender, os danos graves de natureza financeira não fazem parte das causas legítimas de inexecução de uma sentença. Freitas do Amaral suporta a ideia afirmando que “*os danos graves de natureza financeira que a execução de uma sentença possa porventura provocar não devem considerar-se incluídos no conceito de grave prejuízo para o interesse público, não podendo, portanto, ser invocados como determinantes de uma causa*

⁵⁰ Acórdão do TCA Sul de 17 de janeiro de 2008, P. n.º 2604/07 – “*o conceito de grave prejuízo para o interesse público, como causa legítima de inexecução de um acórdão, pressupõe a existência de situações excecionais ou situações-limite, não bastando a simples dificuldade ou onerosidade do cumprimento do julgado*”. Posição diferente defende Rodrigo Esteves de Oliveira, existirá causa legítima de inexecução por grave lesão do interesse público quando a Administração deva cumprir uma ordem judicial de demolição de um edifício ilegalmente construído, mas isso implique, para a Administração, um pagamento de elevadas indemnizações. In Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 255 e Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo dos Tribunais Administrativos Anotado, 2006, p. 304.

⁵¹ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, A execução das sentenças dos tribunais administrativos no pensamento de Diogo Freitas do Amaral, In: Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010, p. 140, e Tomás Font I Llovet, *La ejecución de las sentencias conentencioso-administrativas*, Madrid, 1985, p.179-183 e ainda Freitas do Amaral, A execução... op. cit, p. 155 e ss.

⁵² Decisões polémicas da jurisprudência alemã que tem invocado o interesse público para o afastamento de avultados encargos financeiros, in Tobias Schneider, *Folgenbeseitigung im Verwaltungsgrecht*, Baden-Baden, 1994, p. 167 e Gabriele Pietzko, *Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*, Berlim, 1994, p. 533-534. Situação que no nosso ordenamento encontra-se claramente proibida pela lei.

legítima de inexecução ⁵³. Este entendimento ia de encontro ao Decreto-Lei n.º 256-A/77, artigo 6.º, n.º 5, em que estabelecia que o pagamento pecuniário nunca é objetivamente impossível ou passível de causar graves prejuízos para o interesse público, tendo em conta o pressuposto de “*solvência da Administração*”⁵⁴.

Os danos graves financeiros estão fora do escopo do excecional prejuízo para o interesse público está o dever de um pagamento pecuniário, pois as causas legítimas são sempre situações excecionais, e sob pena dessa efetivação do Estado de Direito vir a sucumbir perante as pontuais dificuldades das contas públicas⁵⁵. Neste sentido o legislador determinou que a *execução para pagamento de quantia pecuniária*⁵⁶, não poderia ser dispensada enquanto causa legítima de inexecução (artigo 171.º, n.º 5, primeira parte e o artigo 175.º n.º 3, ambos do CPTA). Nem mesmo no caso de inexistência de verba ou cabimento orçamental, o legislado, falando-se apenas nesta situação de uma causa de exclusão de ilicitude da inexecução da sentença, e não de uma causa legítima de inexecução, conforme o artigo 159.º do CPTA.

Mesmo aceitando a invocação de um excecional prejuízo financeiro para o não pagamento de uma obrigação pecuniária, a dispensa do cumprimento dessa obrigação iria dar origem a um dever de indemnizar pela inexecução da sentença. Parece-nos que seria extremamente redutor a transferência do pagamento da obrigação pecuniária para o momento da indemnização, correndo o risco de o dano ser superior nesta fase posterior ⁵⁷. Neste sentido, o artigo 175.º, n.º 3 do CPTA proíbe expressamente que o pagamento de uma quantia pecuniária possa ser invocado como uma causa legítima de inexecução de sentença. Conjuntamente com o artigo 171.º, n.º 2 do CPTA, a falta de cabimento orçamental não servirá de fundamento para a oposição de execução⁵⁸. Impera assim, o raciocínio de que a situação solvente do Estado impede que se verifique uma

⁵³ Freitas do Amaral, A Execução... op. cit., p. 125 e ss.

⁵⁴ Expressão da jurisprudência no Acórdão do TCA Sul de 22 de janeiro de 2004, P. n.º 12 973.

⁵⁵ Neste sentido o Acórdão do STA de 29 de novembro de 1994, P. n.º 035115.

⁵⁶ José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 3.ª edição, Coimbra, 1999, p. 253.

⁵⁷ Posição contrária defende Rodrigo Esteves de Oliveira, arguindo o exemplo de estando em causa para a Administração cumprir uma ordem judicial de demolição, o cumprimento desta obrigação poderá levar ao pagamento de pesadas indemnizações. Nesta situação o autor aceita que as dificuldades financeiras sejam um motivo legítimo de inexecução de sentença. In Processo executivo... op. cit., p. 255

⁵⁸ No sentido da aplicação geral deste Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., p. 806 e 807. Rodrigues Esteves de Oliveira defende que esta situação estende-se à ação declarativa, não podendo o juiz declarar a existência de um “*excecional prejuízo para o interesse público*” para o não pagamento de uma quantia pecuniária.- in Processo Executivo... op. cit., p. 259, nota 36.

impossibilidade objetiva de pagamento, e o consequente dever de indenização associado à declaração de inexecução da sentença por uma causa legítima torna a solução uma inutilidade lógica, pois a despesa iria acabar por acontecer.

4. Densidade do princípio da obrigatoriedade e da prevalência das decisões judiciais

Na ótica de um maior entendimento e aprofundamento do princípio da obrigatoriedade das sentenças jurisdicionais⁵⁹, surge a equação das causas legítimas de inexecução e consequente impossibilidade de satisfação do pedido do autor. A Administração encontra-se vinculada ao cumprimento dos deveres que as sentenças lhe imponham, desde logo por imperativo constitucional, através do princípio da obrigatoriedade e da prevalência das decisões judiciais têm dignidade constitucional, no artigo 205.º, n.º 2 da CRP, e com disposição geral no artigo 158.º do CPTA – afirmação do poder jurisdicional sobre o poder administrativo do Estado.

O conceito amplo de execução que abrange desde o dever positivo de eliminar todas as consequências jurídicas produzidas pela prática de um ato administrativo ilegal, como o dever negativo de respeitar o caso julgado⁶⁰. No entanto “*a realização do direito não se esgota no sancionamento de atos jurídicos ilegais*”⁶¹, por outras palavras, não devemos ficar apenas pela punição do ato jurídico que padece de uma determinada ilegalidade, há que ter em conta os vários momentos da prática do ato para uma aferição mais apurada da dita realização do direito. Admite-se através da aplicação do princípio da proporcionalidade, o afastamento de deveres da anulação, tendo em conta os diversos interesses em questão. Entramos aqui no chamado paradigma da “obrigatoriedade enfraquecida”⁶² das sentenças de anulação.

Em matéria de execuções de sentenças, surge a previsão de uma inexecução legítima, a título excecional e na salvaguarda do interesse público. O interesse público, no âmbito geral, é um conceito jurídico indeterminado, pelo que a Administração, neste domínio, goza de liberdade de escolha do elemento ou elementos atendíveis para o

⁵⁹ Neste sentido Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Almedina, 6.ª edição, 2004, p. 369.

⁶⁰ Sobre o conceito amplo de execução Mário Aroso de Almeida, Nulidade dos atos desconformes com a sentença, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 2, p. 30.

⁶¹ Mário Aroso de Almeida, Anulação... op. cit., p. 786.

⁶² Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Almedina, 6.ª edição, 2004, p. 368

preenchimento de tal tipo de conceito desde que essa escolha se faça com observância dos princípios que enformam a atividade administrativa. A Administração foca a sua atuação centrando-se na realização dos princípios da legalidade, da justiça, da igualdade, da proporcionalidade e do interesse público. As razões de interesse público dizem respeito assim a razões imperativas que apesar de o tribunal reconhecer a pretensão do pedido, este é preterido em nome do interesse público, através da causa legítima de inexecução.

As causas legítimas de inexecução podem ser invocadas relativamente a qualquer obrigação assumida voluntariamente pela a Administração através de um contrato ou meio administrativo, e não apenas a obrigações impostas por sentenças jurisdicionais. Vêm assim concretizar o princípio da licitude do não cumprimento de certos deveres da Administração⁶³, se uma sentença jurisdicional pode deixar de ser executada, quanto mais uma mera decisão administrativa.

Maiores dúvidas surgem quanto à formulação legal das causas legítimas de inexecução. O legislador apesar de apenas prever dois tipos de causas legítimas de inexecução, dá uma abertura normativa à sua interpretação, considerando Rodrigo Esteves de Oliveira⁶⁴ tratar-se de uma *“mera cláusula geral, de um conceito jurídico carente de integração ou preenchimento valorativo”*. Considera o autor que a abertura da forma legal do *excecional prejuízo para o interesse público* vai de encontro à ideia de um *numerus clausus*, *“cola problemas do ponto de vista das exigências decorrentes do princípio constitucional da segurança jurídica”*, pois resulta numa *“relativa deslegalização da causa expropriandi”* do direito à execução, qualificado como um direito, liberdade e garantia. Acrescenta ainda o autor que ao condicionar um direito, liberdade e garantia, as causas legítimas de inexecução deverão ter *“uma exigência de determinabilidade ou densidade de conteúdo suficiente... que a referida fórmula a responder, só responde no limiar da constitucionalidade”*.

Exige-se assim, uma interpretação exigente e rigorosa do conceito de *causas legítimas de inexecução*, e um controlo jurisdicional sobre este conceito. O direito de execução das sentenças é um direito fundamental⁶⁵, tratando-se de um direito, liberdade

⁶³ Proposto em 1967 por Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 232.

⁶⁴ Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 253 e 254.

⁶⁵ Neste sentido Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 254.

e garantia – o conceito do excecional prejuízo exige-se suficientemente determinado ou denso de forma a construir uma segurança jurídica e estabilidade no ordenamento jurídico⁶⁶. Há assim um reconhecimento que o direito processual administrativo deverá a atender a várias opções, e não apenas reduzir-se a *espelhar* o direito administrativo adjetivo⁶⁷.

As causas legítimas de inexecução constituem situações excepcionais, as quais tornam lícita, para todos os efeitos, a inexecução das sentenças dos tribunais administrativos, obrigando, no entanto, ao pagamento de uma «indenização compensatória» ao titular do direito à execução. Se a inexecução não for justificada por uma causa legítima, será ilícita sendo fonte de responsabilidade civil da Administração, de acordo com os critérios gerais da responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa, de acordo com o artigo 159.º CPTA.⁶⁸

Admite-se, perante circunstância excepcionais, como primeiramente exposto na jurisprudência do *Conseil d'État* ⁶⁹, e após a ponderação dos interesses em causa a existência de uma inexecução de sentença lícita. Na ponderação da equação da inexecução de uma sentença, há que ter em conta a relação entre dois interesses públicos relevantes e contrapostos e o seu equilíbrio. Por um lado, o interesse público que impede que a sentença seja executada, e por outro lado, o interesse que visa concretizar o princípio da legalidade, a necessidade que a Administração respeite e cumpra a lei. Vale a prevalência do interesse público sobre o interesse privado para a justificação da

⁶⁶ Gomes Canotilho, Direito Constitucional... op. cit., p. 253.

⁶⁷ Esta conceção é desenvolvida por Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, Código... op. cit., p.98.

⁶⁸ Gianinni, apresentava uma posição oposta arguindo que a Administração poderia arguir motivos de interesse público sempre que existisse uma inconveniência da execução de uma sentença, sendo posteriormente alvo de apreciação pelo Conselho de Estado. A inexecução permanecia ilícita, sendo a Administração responderia através de o pagamento de uma indemnização baseada responsabilidade civil da Administração por facto ilícito Massimo Severo Gianinni, *La Giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 260-261.

⁶⁹ O “*grand arrêt*” do *Conseil d'État* que encabeça esta jurisprudência é o Acórdão Couitéas, de 1923. Em face das perturbações graves que suscitaria a expulsão de norte-africanos de terras de que se consideravam legítimos detentores desde tempos imemoriais, para demarcação de uma concessão a favor de um colono, e da consequente recusa de assegurar o concurso das forças armadas para executar uma decisão judicial de expulsão, o C.E. observou que, perante tais circunstâncias, o governo se tinha limitado a exercer os seus poderes de preservação da ordem e da segurança públicas. No entanto, desde que esta recusa perdurasse, o particular deveria ser indemnizado, cabendo ao juiz determinar a medida em que o encargo decorrente daqueles factos deveria incumbir à colectividade e não ao imediatamente afectado. Cf. Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant/Pierre Delvolvé/Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10.ª edição, Paris : Sirey, 1993, pp. 238 ss.

inexecução da sentença, impondo um sacrifício ao particular. Típico sempre que existe uma superveniente inutilidade de uma conduta processual por razões de interesse público. Assim, caso prevaleça interesse público da inexecução da sentença, a entidade demanda fica obrigada a indenizar o autor da ação, não podendo haver um sacrifício sem a devida compensação.

A jurisprudência parece dar-nos luzes mais claras, sistematizando como pressupostos para a pronúncia da inexecução lícita do julgado anulatório: em primeiro lugar, a existência de decisão judicial anulatória; conseqüentemente, a verificação de situação de impossibilidade absoluta ou grave prejuízo para o interesse público geradora de causa legítima de inexecução; a ocorrência de prejuízos na esfera jurídica do exequente; e por fim, o nexo de causalidade entre a inexecução e os prejuízos⁷⁰. Assim, a primeira condição para a inexecução da sentença lícita será a pronúncia do tribunal de uma decisão de mérito sobre a validade dos fundamentos da ação. Após a satisfação dessa condição, caberá ao tribunal apurar eventuais circunstância que possam impedir a realização da sentença a proferir. A invocação de tais situações que obtém a execução de decisão de mérito pertence ao autor, recai sobre ele um verdadeiro ónus. Caso o autor falhe a invocação falhe a invocação de situações que impeçam a execução da sentença em sede declarativa, já não o poderá fazer em sede executiva⁷¹. Contudo, a invocação de causa impeditiva não pertence exclusivamente ao autor. Desde que seja feita em sede declarativa, poderá ser feita pela entidade demanda ou até mesmo pelo próprio tribunal (de forma oficiosa).

Caso a causa que justifica a inexecução da sentença resulte de uma conduta ilícita da entidade demandada, após ser proferida a sentença, seguir-se-á uma ação executiva onde será reconhecida uma situação de inexecução ilegítima da sentença com todas as suas conseqüências – civis, disciplinares e penais, caso seja aplicável.

⁷⁰ Acórdão TCA Sul de 23 de novembro de 2016, CA 2.º Juízo, P. n.º 13023/16.

⁷¹ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, Manual de Processo Administrativo, Almedina, Coimbra, 2.ª Edição, 2016, p.368.

5. Momento da invocação da causa legítima de inexecução

Há uma clara intenção do legislador em garantir uma maior efetividade da tutela jurisdicional do particular, evitando que o tribunal profira apenas a existência de uma causa legítima de inexecução na sede de execução jurisdicional, e que tal declaração seja inútil. Denota-se a realização do princípio de economia processual conjugado com uma tutela jurisdicional mais precisa que visa a dar uma resposta célere sobre a posição jurídica do particular.

O contencioso administrativo prevê que nos processos declarativos contra a Administração, no caso da existência de uma causa legítima de inexecução de sentença esta possa ser logo verificada pelo tribunal. A Administração tem “o ónus *de alegar, ainda no âmbito do processo declarativo, os factos de que tenha conhecimento que possam caracterizar a existência de uma possível causa legítima de inexecução da eventual sentença a proferir nesse processo, sob pena de ficar precludida a sua invocação na fase executiva*”⁷².

A solução positivada no artigo 163.º, n.º 3 CPTA, vem concretizar a proposta de Freitas do Amaral, em que o autor defendia o conhecimento nos processos declarativos da existência de causa legítima de inexecução⁷³. Caso o juiz declare a existência de uma causa legítima de inexecução em sede declarativa, o particular goza do direito executivo, pode exigir diretamente a execução jurisdicional das prestações de facto ou de coisas incumpridas, de acordo com o artigo 162.º do CPTA.

Nos casos em que a Administração não estará em condições de invocar a existência de uma causa legítima de inexecução em sede declarativa, isto é, quando há uma obrigação de prestação de facto ou coisa os factos que se reporta a momento posterior ao da imposição jurisdicional da obrigação exequenda. Nestas situações a Administração terá um prazo de 3 meses para invocar a existência de uma causa legítima de inexecução a contar do trânsito em julgado da sentença exequenda (artigo 163.º, n.º 3 e artigo 165.º, n.º 2 do CPTA), caso outro prazo não tenha sido estabelecido (artigo 162.º, n.º 1 do CPTA).

O STA tem dado seguimento à interpretação que o tribunal tem poderes oficiosos para verificar a existência de causa legítima de inexecução quando a Administração não

⁷² Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., p. 220.

⁷³ Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 232

execute e nada faça para justificar a sua inexecução, não cumprindo assim o disposto do artigo 163.º, n.º3 do CPTA. O STA afirma que *“A valoração das atividades adotadas em execução do julgado é matéria de qualificação jurídica da realidade sujeita a apreciação”* justificando que o tribunal possa *“concluir pela existência de uma causa legítima de inexecução, ainda que a Administração a não tenha invocado porque entendeu ter dado integral execução ao julgado”*⁷⁴. Assim, a verificação de uma causa legítima de inexecução não é uma matéria exclusiva às relações *inter partes* do procedimento, sendo de rejeitar o entendimento de que a execução da sentença *“não é uma questão de ordem pública, mas visa fundamentalmente satisfazer os direitos e interesses do Exequente”*⁷⁵. De lamentar que mais recentemente, ainda existam ecos jurisprudenciais que defendam a perspetiva exclusivamente subjetivista da execução⁷⁶.

De referir ainda, com os meios processuais estruturalmente executivos, o CPTA, vem confirmar que o dever de indemnizar os danos causados pela inexecução de uma obrigação emergente de sentença não é uma forma de execução por mero equivalente⁷⁷, funcionando *“com total autonomia em relação aos mecanismos de execução forçada que o Código institui nos artigos 162.º e seguintes”*⁷⁸. Existe um reforço da tutela executiva dos particulares, no CPTA, com a extensão de casos de inexecução a títulos executivos extrajudiciais, nos termos do artigo 157.º, n.º 3. Releva neste regime verificar se a causa de inexecução é lícita ou ilícita, e se há culpa ou não para o apuramento da responsabilidade nos termos do CPTA.

5.1 Modificação objetiva de instância

Quando o juiz reconhece a existência de uma causa legítima de inexecução da sentença em sede declarativa, há uma modificação objetiva de instância⁷⁹. O objeto do

⁷⁴ Acórdão do STA de 10 de julho de 1997, P. n.º 27739-A.

⁷⁵ Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Almedina, 6.ª edição, 2004, p. 377.

⁷⁶ Acórdão do TCA do Norte de 25 de fevereiro de 2011, P. n.º 00656-A/96-Porto.

⁷⁷ Este era o entendimento da doutrina tradicional, como Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, reimpressão, 9.ª edição. 1980, p. 1400; Afonso Queiró, A função administrativa, Revista de Direito e de estudos sociais, Atlântida editora, Ano XXIV, n.º 1-2-3, 1977, p. 27

⁷⁸ Mário Aroso de Almeida/Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., p. 789.

⁷⁹ Inicialmente este instituto de modificação da instância levantou algumas dúvidas acerca da sua constitucionalidade, nomeadamente Vasco Pereira da Silva, por considerar existir uma manifesta violação do princípio da separação de poderes e o princípio do pedido. A autor chega mesmo a considerar *“inconstitucional, seja por violação do princípio da separação de poderes (ao permitir ao tribunal “administrar” - ainda que numa*

processo originário é substituído pela fixação da indemnização devida pela impossibilidade do cumprimento do dever de executar. A falta de celeridade da justiça administrativa vem impulsionar para as situações que justificam a modificação objetiva de instância. A possibilidade da modificação objetiva da instância visa oferecer uma maior tutela ao particular. Tendo em conta a excessiva duração dos processos judiciais, e de forma a otimizar o processo, o legislador vem admitir a modificação objetiva da instância, evitando uma demora na resposta ao particular, conhecendo o agora o que iria conhecer depois, estando este instituto previsto nos artigos 45.º, 45.º -A e 102.º, n.º 6 do CPTA.

O tribunal reconhece a legitimidade do pedido do autor, contudo verifica-se uma impossibilidade absoluta ou um excecional prejuízo para o interesse público que obstem a satisfação do pedido do autor. Essa impossibilidade de satisfação justifica a convolação do processo de um pedido de satisfação de um pedido do autor original, para uma compensação pecuniária pela perda de utilidade da sentença. Exige-se uma decisão de mérito sobre o pedido original do autor, requerendo-se a precedência.

A modificação objetiva de instância vem dar a possibilidade ao juiz de conhecer, de forma antecipada, a causa legítima de inexecução. O juiz tem a possibilidade de terminar o processo declarativo com uma emissão de uma sentença, restando apenas a fase executiva que visa o pagamento da indemnização devida. Este mecanismo da modificação da instância apresenta uma natureza antecipatória⁸⁰, por outras palavras, o juiz passa a poder conhecer, em sede declarativa, o que sempre iria conhecer depois com a modificação objetiva da instância. Trata-se de verdadeiras exceções ao princípio geral de vinculação do juiz ao pedido, este nas palavras de Vieira de Andrade visa *“assegurar a correspondência entre o pedido e a decisão que vai ser tomada”*⁸¹, por outras palavras, o

hipótese extrema -, mediante um juízo de mérito, através do qual ele pode “optar” pela manutenção da ilegalidade, desde que fixada a necessária indemnização), seja pela violação do princípio do pedido, seja ainda pela violação do princípio da plenitude da tutela do particular (que, em caso de colisão com um interesse público mais gravemente lesado, pode levar à transformação do contencioso administrativo num “processo de mera indemnização”” Vasco Pereira da Silva, Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 34, p. 30.

⁸⁰ No mesmo sentido Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, “Grandes Linhas da reforma do contencioso administrativo”, Reimpressão da 3.ª Edição de junho de 2004, p. 102.

⁸¹ José Carlos Vieira de Andrade, “A justiça Administrativa”, 20015, 14.ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 402. e ss.

juiz apenas deve apreciar o que lhe foi trazido pelas partes. Os artigos 45.º e 45.º-A do CPTA acabam por ser uma atipicidade a este princípio.

O instituto da modificação objetiva visa realizar o princípio da flexibilização do objeto do processo. Nas palavras de Aroso de Almeida *“a modificação da instância traduz-se, assim, na substituição da pronúncia condenatória que o autor tinha solicitado e a que tinha direito, pela fixação da indemnização que, em eventual sede de execução dessa pronúncia, sempre que lhe seria de reconhecer como devida pelo facto de inexecução”*⁸².

Este mecanismo não se fica pela realização do princípio do aproveitamento da iniciativa processual, a modificação da instância permite que o autor da ação possa no final do processo declarativo modificar o seu pedido original pedindo ao tribunal que seja arbitrada a indemnização civil. Esta indemnização surge como meio de reparação de todos os danos provocados pela atuação da Administração. Garante que o mesmo resultado seja alcançado caso tivesse cumulado os pedidos (de impugnação e reparação de danos) desde do momento inicial de propositura da ação.

5.2 Trâmite Processual

Normativamente a modificação objetiva de instância enquadra-se nas disposições gerais relativas à ação administrativa do CPTA nos artigos 45.º, 45.º - A e no artigo 102.º, n.º6, referente às disposições do contencioso pré-contratual. Este regime poderá ser aplicado a todas as ações administrativas, direta ou indiretamente, em que haja um pedido de condenação da Administração. O escopo da modificação da instância modificativa abrange as ações administrativas à condenação de um ato devido, as ações de impugnação de atos administrativos, as ações de condenação à emissão de normas, as ações relativas à validade e execução de contratos e ao contencioso pré-contratual urgente. Tem como prepósito antecipar o juízo para a fase declarativa do processo.

A sentença de anulação é suficiente para aplicação da modificação objetiva de instância, mesmo quando não tenha sido pedido a condenação da entidade demandada na *“reconstituição da situação hipotética atual”*. Somos contra o entendimento que a possibilidade da modificação objetiva de instância existe apenas quando *“as pretensões*

⁸² Mário Aroso de Almeida, Manual de Processo Administrativo, Almedina, Coimbra, 2016, 2.ª Edição, p. 369.

*dirigidas à execução da anulação sejam logo cumuladas no próprio processo impugnatório*⁸³.

No final da instrução do processo vêm-se a verificar que o pedido inicial formulado pelo o autor da ação é fundado, mas carece de uma impossibilidade de satisfação dos seus interesses, ou por uma impossibilidade absoluta ou caso seja comprovado pela a entidade demanda um prejuízo excecional para o interesse público. Caso uma destas situações tipificadas se venha a verificar, segundo a tramitação especialmente regulada pelas normas em causa, o autor terá um direito automático a ser indemnizado – indemnização devida pela inexecução da sentença. Poderá ainda igualmente vir a ser ressarcido por todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada – indemnização pelo ato ilícito.

Surge a questão de como poderá o autor efetivar o seu direito a ser indemnizado? No antigo regime do CPTA, o autor teria sempre de propor uma nova ação para fazer valer a indemnização pelo ato ilícito, através de uma ação administrativa comum, onde teria de alegar e provar os factos necessários para preencher os pressupostos da responsabilidade civil da entidade demandada – na maioria das situações tal iria corresponder ao preenchimento da responsabilidade civil do Estado e das pessoas coletivas públicas. Com o novo regime do CPTA, nomeadamente o artigo 45.º, n. º3: *“Na hipótese prevista no número anterior, o autor pode optar por pedir a reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da entidade demandada, hipótese na qual esta é notificada para contestar o novo pedido no prazo de 30 dias, findo o que a ação segue os subsequentes termos da ação administrativa”*. Assiste-se há aplicação e efetivação do princípio da economia processual e do aproveitamento processual com a abertura à possibilidade de autor poder optar por pedir a reparação de todos os danos resultantes do comportamento da entidade demandada, sem ter de propor uma nova ação administrativa. Numa ótica de aproveitamento processual, o autor poderá cumular o pedido de uma indemnização cível – a uma ação que inicialmente teria um pedido de condenação da Administração.

De notar, no entanto, que a modificação objetiva de instância é apenas de um mecanismo facilitador da economia processual que o autor tem agora à sua disposição, e

⁸³ Mário Aroso de Almeida , Anulação... op. cit., p.776, Posição contrária, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (Anotados), I, 2006, p. 305.

não de uma tramitação obrigatória para a obtenção da indemnização civil. O autor poderá sempre intentar uma nova ação, com nova causa de pedir e novo pedido, não se verificando qualquer situação de litispendência ou de caso julgado. O legislador oferece duas opções processuais de forma a proteger a tutela, alarga assim o escopo de proteção ao direito do autor e à responsabilização da entidade demandada.

Aquando da aplicação do contencioso pré-contratual urgente, há uma remissão do artigo 102.º, n.º 6 do CPTA: *“No âmbito do contencioso pré-contratual, há lugar à aplicação do disposto nos artigos 45.º e 45-A.º, quando se preenchem os respetivos pressupostos”*. A modificação do pedido, no contencioso pré-contratual urgente, conforme o disposto do artigo 45.º, n.º do CPTA, deixa-nos com algumas dúvidas, relativamente à sua eficácia. A solução jurídica poderá gerar uma problemática poderá ser maior do que aquela que pretende resolver, a celeridade do processo poderá ficar em causa, indo *contranatura* ao seu prepósito inicial, gerando uma tramitação demorada que vem derrotar o prepósito deste instituto de tramitação urgente.

Capítulo II

Obrigação de indemnizar pela impossibilidade de satisfação

6. Obrigação de indemnizar

*Keine Enteignung ohne Entschädigung*⁸⁴. Sérvulo Correia considera que será de admitir “*que se fixe uma indemnização pela perda do direito à execução da decisão anulatória como perda de um valor autónomo comparável ao atraso desrazoável na apreciação de uma causa pelo tribunal. Isolado este dano, em relação a ele a causalidade ancorada na falta de execução é evidente. Admitida esta indemnização, o direito a ela existirá independentemente de outros danos e de olhar às situações substâncias prejudicadas.*”⁸⁵.

O dever de indemnizar imposto à Administração em caso de impossibilidade de execução da sentença não é uma consequência natural e automática da anulação. “*A anulação e ressarcimento estão em planos diversos. A anulação é simplesmente o remédio jurídico que, eliminando as qualificações contidas num ato viciado, leva à sanção da repristinação*”⁸⁶. O ressarcimento, por sua vez, levanta questões com maior densidade aquando da impossibilidade de satisfação do pedido do autor. Embora se reconheça o direito a uma compensação, a indemnização devida a que o particular tem direito pela perda de utilidade da sentença, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a mostrar-se divididas acerca da sua natureza e quantificação.

O reconhecimento da existência de uma causa legítima de inexecução faz “*nascer para a entidade incumbida da execução uma obrigação de indemnizar o particular beneficiado pela sentença, pelos danos sofridos com a inexecução*”⁸⁷. Por sua vez, alicerçando este entendimento, o artigo 166.º do CPTA consagra o facto que origina a

⁸⁴ Não há sacrifício sem indemnização.

⁸⁵ Sérvulo Correia, A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito administrativo”, in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra, 2009, p. 102-105.

⁸⁶ Massimo Severo Giannini, “Sulla ripristinazione consegue all’ annullamento di un atto estintivo del rapporto di impiego publico, Il Foro Italiano 1942, III, p. 153.

⁸⁷ Freitas do Amaral, A Execução das... , op., cit., p. 118.

obrigação de indemnizar, afirmando a letra da lei que se trata de uma indemnização devida “*pelo facto de inexecução*” da sentença⁸⁸.

Distingue-se aqui as posições subjetivas primárias das posições subjetivas secundárias⁸⁹. Aquando das posições subjetivas primárias, há um dever objetivo da Administração de cessar a situação jurídica criada pelo ato ilegal produzido, e que, tendo perdido o seu fundamento, terá de ser eliminada ou cumprir o dever de prestar que ficou reconstituída por efeito de anulação. Por sua vez, nas posições subjetiva secundária, imposição do dever de suportar o dano à Administração pelo risco que não se conseguir eliminar uma situação criada pelo ato ilegal.

No direito das obrigações, o dever de indemnizar baseia-se no instituto de responsabilidade contratual, e na conduta do devedor. Apenas se admite que o dever de prestar se converta no dever de indemnizar nos casos em que a impossibilidade do cumprimento for imputável ao devedor. Nos casos em que não há imputabilidade da impossibilidade de realizar a prestação não surge um dever de indemnizar⁹⁰. Na formulação de Manuel Gomes da Silva “*o dever de reparar os prejuízos não pode existir pelo só facto de estes derivarem da circunstância de o credor não receber a prestação: como em toda a responsabilidade civil é necessário haver uma razão particular de justiça para imputar os mesmos prejuízos ao devedor*”⁹¹.

Fenómeno diferente acontece nesta temática, o dever de indemnizar da Administração, em caso de inexecução da sentença por causa legítima, foi desde cedo defendido pela doutrina “*sob pena de se negar o Estado de Direito*”⁹². Marcello Caetano afirmou que “*O que é inteiramente inadmissível, sob pena de se negar a existência do Estado de direito e de relações jurídico-administrativas, é a liberdade de inexecução de casos julgados deixada à Administração quando entende e sem que por tenha a obrigação de indemnizar*”⁹³. O dever de indemnizar que resulta do reconhecimento da causa legítima visa assim ir de encontro aos princípios base do Estado de Direito. Uma recusa do direito

⁸⁸ Neste sentido Mário de Aroso de Almeida, A Anulação... op. cit., p. 816; Mário de Aroso de Almeida, O novo regime... op. cit. 378, e José Carlos Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, 15.ª Edição, Almedina, 2016, p. 376.

⁸⁹ Freitas do Amaral, A execução... p. 154 e 338-350.

⁹⁰ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral: vol. II, 7.ª edição, Coimbra, 1997, p. 81 e 82.

⁹¹ Manuel Gomes da Silva, p. 232

⁹² Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 173.

⁹³ Marcello Caetano, Tratado elementar de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1943, p. 372-373.

de indemnização significa “*uma injustificável atenuação da efetividade da tutela jurisdicional nas situações de ofensa de normas procedimentais de proteção*”⁹⁴. A negação deste dever compensatório colocaria em causa a legitimidade e própria constitucionalidade desta figura por violação dos artigos 20.º, 205.º e 268.º, n.º 4 da CRP, relativo ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, do princípio da justa repartição dos encargos públicos, num sentido amplo de responsabilidade do Estado, o privilégio da execução prévia, e numa figura semelhante ao instituto da expropriação nas situações em que exista um excecional prejuízo para o interesse público. A compensação a prestar pelo facto da inexecução corresponde ao *mínimo constitucionalmente* suportável de tutela jurisdicional em sede executiva⁹⁵.

A indemnização devida não resulta de um qualquer ato ilícito e culposos, estamos sim perante “*um dever objetivo de indemnizar, fundado na perceção de que, quando as circunstâncias vão ao ponto de nem sequer permitir que o recorrente obtenha aquela utilidade que, em princípio, a anulação lhe deveria proporcionar, não seria justo colocá-lo na total e exclusiva dependência do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade subjetiva da Administração por factos ilícitos e culposos sem lhe assegurar, em qualquer caso, uma indemnização pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado*”⁹⁶.

6.1 Restituição pela perda de utilidade da sentença

A dispensa do dever de execução da sentença⁹⁷ não é sinónimo de uma desresponsabilização da Administração, pelo contrário, há um dever de ressarcimento do dano⁹⁸ ao particular pela perda de utilidade da sentença. Há uma “*transformação*

⁹⁴ No mesmo sentido Sérulo Correia, A jurisprudência... op. cit., p. 105.

⁹⁵ Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 255.

⁹⁶ Mário Aroso de Almeida, Anulação... op. cit., p. 821. Neste sentido também o Acórdão do STA de 25 de fevereiro de 2009, P. n.º 47472A.

⁹⁷ Prosper Weil considera que quando não é possível executar a sentença, “*a condenação pecuniária parece encontrar a sua origem no ato anulado, e não na sentença de anulação*”, ela nem por isso deixa de ser uma “*medida de execução da sentença*”, destinada a proporcionar uma indemnização reparatória in Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir, Paris, 1952.

⁹⁸ Enrico Follieri considera que se trata de um “*ressarcimento do dano cujo conteúdo económico tem por objeto bem que foi ilegalmente privado*” o recorrente corresponde a uma medida subrogatória “*um modo de execução da sentença*”, “*uma execução não em forma específica mas por equivalente*” in Risarcimento dei danno per lesioni di interessi legittimi, Chieti, 1984, pp 174 a 178.

substantiva operada na relação creditória ou na pretensão real que serve de base à execução”⁹⁹. A Administração fica dispensada do dever de executar, mas fica obrigada a compensar o particular.

Há uma ideia base de restituição pela perda de utilidade da sentença. Nas palavras de Renato Scognamiglio¹⁰⁰: *“a restituição assenta na exigência de que toda a aquisição seja adequadamente justificada, a responsabilidade (e o ressarcimento) na outra instância de que o dano injustificado causado seja reparado”* defendendo ainda o autor que *“as restituições prescindem do delito e se fundam só na aquisição injusta”*. O fundamento da restituição tem como pressuposto objetivo que a transferência produziu uma alteração indevida da situação patrimonial dos sujeitos envolvidos, e apesar da restituição em espécie já não ser possível, continua no ordenamento jurídico injustificadamente, e cumpre eliminar, restituindo cada um à situação patrimonial que lhe respondia no momento inicial¹⁰¹.

A atribuição de uma indemnização devida tem uma natureza ressarcitória, tem como missão ressarcir o dano da perda da sentença. *“Essa perda constitui, em si, um dano para a esfera jurídica dos exequentes, pois consubstancia a perda de uma situação jurídica, que lhes poderia proporcionar proventos patrimoniais”*¹⁰². A natureza da indemnização não será preventiva nem sancionatória, ou seja, não visa sancionar a entidade demanda. A perda da execução da sentença é economicamente avaliável – a indemnização serve de garantia subjetiva de reparação dos danos que se reproduzem na esfera jurídica do particular pela inexecução da sentença devida.

⁹⁹ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. I, 9.ª edição, Coimbra, 1996, p. 104, nota 4.

¹⁰⁰ Renato Scognamiglio, “Il risarcimento del danno in forma specifica”, Rivista di diritto e procedura civile, 1957, p. 209, nota 20.

¹⁰¹ Mário Aroso de Almeida, Anulação... op. cit., p. 777.

¹⁰² Acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, P. n.º 47578, e ainda neste sentido conferir os Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º. 41321ª, de 1 de outubro de 2008, P. n.º. 42.003ª, e de 25 de fevereiro de 2009, P. n.º 47472A; e ainda Mário Aroso de Almeida, Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes, p.821.

6.2 Origem da obrigação de indemnizar: pelo facto ilícito ou pelo facto da inexecução de sentença

Reconhecido a existência do dever de indemnização por parte da Administração pela inexecução da sentença, pretendemos refletir sobre a origem da obrigação de indemnizar, seja o facto ilícito ou pelo facto da inexecução da sentença. Na compensação a auferir ao particular, existem dois planos distintos: por um lado, quem perdeu a sentença, e será indemnizado conforme os critérios da justa indemnização; e por outro lado, os casos em que para além da perda da sentença, o particular sofreu danos no âmbito da responsabilidade civil do ato ilícito, que poderão igualmente ser indemnizados¹⁰³. Tratam-se de indemnizações autónomas e diferenciadas quer no tocante aos danos que ressarciam quer na forma do seu cálculo como ainda nos meios contenciosos próprios¹⁰⁴.

A jurisprudência administrativa recortou e tem vindo a aprimorar a figura da “indemnização pela inexecução da sentença” considerando que a inexecução de sentença que configura um ato lícito, de forma a evitar que seja confundida com a indemnização devida pela prática de ato ilegal e, por conseguinte, pelos prejuízos resultantes do ato anulado pela sentença¹⁰⁵. A indemnização devida pela prática de ato ilegal poderá acrescer à indemnização pela inexecução da sentença, uma vez que estejam verificados os respetivos pressupostos legais, *devendo, todavia, ser apurada de forma*

¹⁰³ Em sentido contrário, o voto vencido do Conselheiro Alberto Acácio de Sá Costa Reis, no acórdão do STA de 25 de março de 2010, P. n.º 913/08 – “Ao contrário do que o Acórdão pressupõe considero que a existência de causa legítima de inexecução, quer por impossibilidade absoluta da reconstituição natural quer por esta se traduzir num excessivo sacrifício do interesse público, não dá direito a dois tipos de indemnização; a primeira, resultante da chamada expropriação do direito à execução e, a segunda, decorrente dos efetivos prejuízos que o titular do direito à execução suporta em função daquela impossibilidade de reconstituição natural. Com efeito, sendo a finalidade da referida indemnização, apenas e tão só, o ressarcimento dos danos efetivamente suportados a mesma não será devida nos casos a impossibilidade de execução não determine a existência desses danos. Se assim fosse, isto é, se se considerasse que a perda do direito a que se retomasse o procedimento bastava para justificar a satisfação do pedido indemnizatório e, portanto, se se considerasse que essa perda constituía, por si só, um dano real que importava reparar chegar-se-ia ao absurdo de, por ex., da anulação de um concurso poder determinar a indemnização de concorrentes que, em circunstância alguma, tinham direito ao benefício a que se candidataram, o que correspondia a indemnizar concorrentes que, de facto, nenhum prejuízo sofreram com a prática do ato anulado. De resto, se aquele entendimento vingasse a única forma de calcular a indemnização seria através dos referidos meios equitativos (artigo 566., n.º 3 do Código Civil) o que conduziria a que - ignorando-se quais os candidatos que acederiam ao benefício concursado e os que dele seriam afastados - se indemnizassem todos da mesma forma, isto é, que se atribuissem a todos o mesmo valor indemnizatório. O que me parece absolutamente inaceitável.”

¹⁰⁴ Acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 00213/06.1BELLE.

¹⁰⁵ Vide acórdão do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03.

*autónoma*¹⁰⁶. Trata-se, conforme orientação do STA, de “*indenizações autónomas e diferenciadas quer no tocante aos danos que ressarciam quer na forma do seu cálculo*”. A primeira dispensa “*o apuramento do montante indemnizatório correspondente à efetiva perda sofrida pelo Exequente em resultado da prática do ato anulado. Já a segunda exige aquele apuramento e, portanto, [a exigir] outros desenvolvimentos processuais*”¹⁰⁷. Admitimos assim uma possível cumulação, mas nunca alternatividade entre as duas indenizações, para além do autor poder acordar o montante da indemnização devida pelo facto de inexecução, ele poderá ainda a vir ser ressarcido por todos os danos pelo ato inicialmente ilícito¹⁰⁸.

A inexecução da sentença põe em confronto dois interesses públicos, por regra, o interesse público que impede a execução da sentença, e o interesse público do cumprimento das sentenças judiciais. Com a inexecução da sentença surge um dever automático de indemnização¹⁰⁹ para a Administração pela inexecução da sentença. A doutrina divide-se entre os que entendem que o dever de indemnizar encontra a sua fundamentação na responsabilidade da Administração por facto ilícito¹¹⁰, e o entendimento que se trata de uma contrapartida do privilégio da execução prévia fundado numa responsabilização objetiva pelo ato ilegal.

O legislador, no Decreto-Lei n.º 256/A/77 de 17 de junho, no artigo 7º, n.º 1, referia que no regime de execução de sentenças, caso existisse uma causa legítima de inexecução “*a fixação de indemnização dos prejuízos resultantes do ato anulado pela sentença e da inexecução*”. Apesar da distinção ambas as pretensões indemnizatórias eram tramitadas unitariamente no mesmo processo¹¹¹. O interessado tinha a possibilidade de instaurar a ação com o pedido indemnização, e o Tribunal teria a possibilidade de fazer remessa das partes para essa ação sempre que a matéria fosse de complexa indagação¹¹². O que estava em causa era a compensação pelos prejuízos

¹⁰⁶ CF. acórdãos do STA de 1 de outubro de 2008, P. n.º 42003/97-12; de 30 de setembro de 2009, P. n.º 634/09; e de 20 de novembro de 2012, P. n.º 0949/12.

¹⁰⁷ Cf. Acórdão do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03.

¹⁰⁸ Neste sentido Vera Eiró, Comentário... op. cit., p. 227.

¹⁰⁹ Mário Aroso de Almeida, Anulação... op. cit., p. 779.

¹¹⁰ Neste sentido Diogo Freitas do Amaral, A execução... op. cit., p. 131, Afonso Rodrigues Queiró, Abstenção, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, 1990, p. 38, e Maria Glória Garcia, A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas públicas”, 1997, p. 48-49.

¹¹¹ Conforme artigo 10º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 256/A/77 de 17 de junho.

¹¹² Neste sentido o Acórdão do STA de 16 de dezembro de 2004, P. n.º 02971ª (Pleno).

causados tanto pela sentença, como pelo ato anulado. Estávamos perante um regime mais abrangente, com um guarda-chuva indemnizatório que abrangia todos os prejuízos causados.

Com o CPTA, no artigo 166.^o, o legislador prevê apenas a possibilidade de em caso de causa legítima de inexecução, ser acordado entre as partes “*montante de indemnização pelo facto de inexecução*”. Ora, houve aqui uma tomada clara de posição do legislador sobre a questão de danos serão indemnizados na indemnização devida, o montante da indemnização devida apenas diz respeito à compensação pelo facto de inexecução. Conclui-se, *ergo*, que os danos causados pelo ato anulado terão de ser ressarcidos pela via tradicional da responsabilidade civil, existindo assim uma distinção dos danos em causa. Neste sentido afirma a doutrina que “*os danos que se pretendem ressarcir pela via do artigo 166.^o do CPTA são, pois, tão só os danos que resultam da impossibilidade daquela execução e não quaisquer outros*”¹¹³.

O dano que resulta da impossibilidade de execução de uma sentença anulatória tem a sua origem na perda de oportunidade do autor se colocar numa posição jurídica favorável. Essa perda objetiva resulta de um dano que em si, é gerador de responsabilidade. “*Portanto, trata-se de um dano real e indemnizável, sem necessidade, pois, de demonstração, daí que as partes sejam notificadas para acordarem no seu quantum, o que não impede, a nosso ver, que aleguem e provem outros eventuais danos, desde que também decorrentes da impossibilidade da execução*”¹¹⁴. Somos assim favoráveis ao entendimento que seria demasiado redutor considerar que o particular apenas pode ser indemnizado pela perda de execução. O legislador não visa limitar a compensação do particular pelo dano da perda da execução, pelo contrário, estabelece a base essencial de compensação com a responsabilização objetiva, não significando que caso o particular consiga provar a existência de outros danos, não possa ser igualmente indemnizado por esses. Os prejuízos a ressarcir serão, tão-só, os prejuízos que derivem da causa legítima de inexecução, neles se podendo integrar, entre outros, os danos patrimoniais e não patrimoniais que sejam advenientes da estrita perda da posição decorrente do juízo

¹¹³ neste sentido, Mário Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha, CPTA comentado, 2ª edição, anotação ao artigo 166.^o, p. 947.

¹¹⁴ Acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, P. n.^o 47578-A.

anulatório¹¹⁵. Não há assim uma limitação da compensação, mas sim um *quantum* mínimo estabelecido a auferir.

6.3 Fundamento da obrigação de indemnizar

A obrigação de indemnização pela extinção do dever de cumprir, tem o seu fundamento legal no CPTA, nos artigos 164.º, n.º 6, 166.º, n.º 1, 176.º, n.º 7 e no artigo 177.º, n.º 3. Estamos perante uma ponderação da natureza essencialmente subjetiva do contencioso administrativo, origem da obrigação de indemnizar e o afastamento dos pressupostos da responsabilidade civil¹¹⁶.

A doutrina divide-se em relação à origem da obrigação de indemnizar em relação ao mecanismo no artigo 102.º, n.º 6 e, por maioria de razão¹¹⁷, no artigo 45.º, ambos do CPTA. Por um lado há os que defendem que o dever de indemnizar encontra o seu fundamento na responsabilidade da Administração por facto ilícito¹¹⁸, e por outro lado há doutrina que defende que a obrigação de indemnizar baseia-se pelo facto da inexecução da sentença¹¹⁹. Mário Aroso de Almeida¹²⁰ distingue “*ao dever de a Administração indemnizar o recorrente pela perda resultante da impossibilidade de extrair as devidas consequências da sentença de anulação*” não estando em causa o dever de indemnizar pelos danos do ato ilícito praticado pela a Administração, mas “*um fenómeno distinto e mais circunscrito*”, referindo-se a uma indemnização que “*não cubra a integralidade dos danos que, no âmbito da responsabilidade subjetiva, fundada em culpa, porventura deveriam ser qualificados como consequência adequada da impossibilidade de executar*”.

Freitas do Amaral defende que o facto constitutivo da responsabilidade é a execução a que a Administração teria procedido do ato impugnado. Mário Aroso de

¹¹⁵ Acórdão do TCA Norte de 13 de janeiro de 2017, P. n.º 00447/2002-A Coimbra.

¹¹⁶ Neste sentido Vera Eiró, Quanto vale.... Op. cit., p. 803.

¹¹⁷ Vera Eiró, Quanto vale... op. cit., p. 811.

¹¹⁸ José Pedro Fernandes e Afonso Rodrigues Queiró, “Abstenção”, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 1990, p. 38, Maria da Glória Garcia, A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas, Conselho Económico e Social, Série Estudos e Documentos, Lisboa, 1997, pp. 48-49 e Diogo Freitas do Amaral, “A execução...” op. cit., p.131.

¹¹⁹ Neste sentido vide Rodrigo Esteves de Oliveira, “Processo executivo...”, op. cit., P. 259, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “Código...” op. cit., p.305, e João Cauperes, “Introdução ao Direito Administrativo”, 8.ª Edição, 2005, p.389.

¹²⁰ Mário Aroso de Almeida, Anulação... op. cit., p. 816, 817 e 818.

Almeida, por sua vez, assinala que a causa legítima de inexecução pode suceder de uma alteração legislativa ou de operações materiais levadas a cabo por outra entidade que não seja a entidade demandada autora do ato¹²¹. Afasta-se a responsabilidade civil por ato ilícito como fundamento da obrigação de indemnizar.

A posição de Mário Aroso Almeida apresenta algumas debilidades. Afasta o fundamento da indemnização devida pela responsabilidade civil por ato ilícito: *“nem por isso o ato anulado deixa de ser ilegal e, por isso, de ser potencial fonte de responsabilidade civil da Administração pelos danos que tenha causado e que a execução da sentença nunca seria apta a eliminar”*. Na ótica do autor, a obrigação de indemnizar encontra o seu fundamento no ato inicialmente ilícito – *terceiro grau de tutela – responsabilidade objetiva pelo ato ilegal*, não havendo, no entanto, o dever geral de reparação integral dos danos¹²². Não podemos estar totalmente de acordo com o autor nesta posição, pois, no nosso entender, o que fundamenta a indemnização devida é a perda da sentença, isto é, a inexecução da sentença e não o ato inicialmente ilícito. Somos a favor do entendimento em considerar que há uma quebra do nexo de causalidade¹²³ entre a obrigação de indemnizar e ato inicialmente ilícito para se justificar o apuramento da responsabilidade a partir do ato ilícito. O terceiro grau de tutela, defende o autor, justifica-se, pois, a sua construção dispensam a demonstração do pressuposto de culpa, e ainda, no plano processual, o tribunal ficará obrigado *“apreciar o litígio limitado à quantificação do montante da indemnização”*¹²⁴. Discordamos com esta posição, seguindo este entendimento, o autor apenas teria direito a uma reparação parcial dos danos sofridos. Trata-se na realidade de uma responsabilidade civil objetiva que se baseia no ato inicialmente ilícito. A obrigação de indemnizar, não deverá depender de culpa, como defende o autor, contudo parece ser o único elemento – aceitando a tese de responsabilidade civil - nos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil identificável. Tanto o dano como o nexo de causalidade são difíceis de encontrar no instituto da causa legítima de inexecução.

Em ambas as posições há uma quebra do nexo de causalidade entre a situação que justifica a indemnização, isto é, a causa legítima de inexecução, e o ato ilegal impugnado.

¹²¹ Neste sentido o Acórdão do STA de 11 de abril de 2002, P. n.º 37648A.

¹²² Mário Aroso Almeida “Anulação...”, op. cit., p.814 e ss.

¹²³ Neste sentido Vera Eiró, Quanto vale... op. cit., p. 816.

¹²⁴ Mário Aroso Almeida “Anulação...”, op. cit., p.820 e ss.

A causa legítima de inexecução encontra o seu fundamento no interesse público, mais propriamente na prevalência de um interesse público em relação ao interesse privado. O autor sofre um sacrifício, a inexecução da sentença. Mesmo nos casos de impossibilidade absoluta, o interesse público esta presente na consagração do privilégio da execução prévia.

Aqui a indemnização surge como parâmetro de valor de conduta da Administração, no caso da não atribuição de uma indemnização pela inexecução da sentença justificada por uma causa legítima, iria desrespeitar o próprio princípio elementar da legalidade¹²⁵. A indemnização, no prejuízo excecional será o próprio fundamento para a sua admissibilidade.

A jurisprudência tem igualmente tido algumas dúvidas sobre qual a fonte da obrigação de indemnizar, pela falta de clareza de dados normativos. De referir o voto vencido do Conselheiro Rosendo José no Acórdão do STA de 13 de março de 2003, P. n.º 44140A : *“Parece defender que existirá sempre uma impossibilidade absoluta de execução de sentenças, pois será sempre possível a execução por substantivo através do instituto indemnizatório, devendo assim inverter-se o ónus da prova do nexo de causalidade, tendo a Administração o “ónus de reconstituir o procedimento para ficar definido se o recorrente que teve ganho de causa no recurso teria ou não direito à indemnização”*¹²⁶. No voto de vencido, o Conselheiro parece defender será sempre possível uma execução por substantivo, isto é, a indemnização, não existindo assim situação de uma impossibilidade absoluta de satisfação do pedido do autor. Assim, deverá inverter-se o ónus da prova do nexo de casualidade, ficando a Administração responsável de comprovar se caso o procedimento tivesse sido reconstituído, o concorrente teria ou não direito a ser indemnizado.

Mais recentemente, o Acórdão do STA de 7 de maio de 2015, Proc. 047307A, *“revelando-se já impossível reintegrar a legalidade infringida, então, deve a Administração compensar pecuniariamente o interessado pelo facto de este, entretanto, se ter visto privado da posição em que ficou investido em consequência da obtenção dum juízo de procedência da pretensão anulatória firmado na decisão judicial em execução”*. E tal como ali se inferiu,

¹²⁵ Neste sentido Rodrigo Esteves de Oliveira, “Processo executivo...”, op. cit., p. 255.

¹²⁶ Ver ainda os Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º 041321A, de 29 de novembro de 2006, P. n.º 0843/06; e do TCAS de 5 de novembro de 2006, P. n.º 01149/05, e de 31 de janeiro de 2002, P. n.º 44140ª.

estará então aí em causa a indemnização pelos danos que a falta/impossibilidade de execução geraram, *“que se funda numa responsabilidade objetiva, a qual emerge automaticamente e sem necessidade de se averiguar se há ou não culpa”*.

6.4 Posição doutrinal

De forma a podermos tomar uma posição nesta complexa discussão, importa, em primeiro lugar, distinguir a relação jurídica processual da relação jurídica substantiva, isto é, a distinção entre o direito de ação e o direito subjetivo do autor¹²⁷. A execução da sentença faz parte tanto da relação jurídica substantiva, quando se inclua aqui os efeitos substantivos da decisão, como da relação jurídica processual, no culminar da ação. Há uma transformação da relação jurídica processual numa nova relação jurídica substantiva, esta última encontra o seu fundamento na existência de um juízo antecipado de uma causa legítima de inexecução. Nas palavras de Mário Aroso de Almeida: *“o que se constitui uma nova relação jurídico-administrativa, no âmbito da qual, em virtude do facto autónomo da inexecução, a Administração fica constituída no dever de indemnizar”*.¹²⁸

A distinção é importante pois, o autor da ação pode ser credor de duas obrigações de indemnizar diferentes. Uma obrigação de indemnizar baseada na inexecução da sentença, e por outro lado, uma obrigação de indemnizar baseada no ato ilícito da entidade demandada. Sem prejuízo de uma eventual responsabilidade civil pelos danos ilicitamente e culposamente causados pela atuação ilegal, o facto da inexecução da sentença, em si, constitui um dever automático de indemnização para a Administração. A imputação do dever de indemnizar à Administração pela inexecução, não se deve basear de ter sido a própria Administração a causar a impossibilidade, isto é, o ato administrativo foi executado pela mesma entidade que o criou.

Rejeitamos assim, que a responsabilização da Administração se baseie na causa que gerou a impossibilidade de executar¹²⁹, pois essa impossibilidade pode ter surgido, em determinadas situações, por causas que a Administração nunca poderia ter tido

¹²⁷ Vasco Pereira da Silva refere: *“o direito de ação e o direito subjetivo de que o particular é titular, no âmbito de uma concreta relação jurídica administrativa, e para cuja a proteção o primeiro existe”*.

¹²⁸ Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 791.

¹²⁹ Neste sentido Heidenhain, Martin, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichen Eingriff*, Berlin, 1965, p. 131 e Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 795.

controle. Caso em que não exista uma mera impossibilidade material, onde foi a própria Administração a executar o ato ilegal, a impossibilidade de execução pode ter sido originada devido a uma alteração normativa do quadro jurídico. O fundamento da obrigação de indemnizar não se poderá assim basear na causa que originou a impossibilidade de executar¹³⁰, pois a impossibilidade poderá resultar de circunstâncias que não estão no controle da Administração.

No Direito Civil, a impossibilidade de cumprimento por facto não imputável ao devedor é sinónimo da extinção da obrigação, e sem responsabilização civil. Contudo, não estamos no campo do direito civil. Aqui, por muito útil que seja o Direito Civil, e a sua subsidiariedade ao Direito Administrativo, estamos perante relações diferentes, entre a Administração e o particular, longe de serem paritárias. Há uma maior complexidade, não se trata apenas de uma relação de devedor e credor de uma simples prestação, *ergo* rejeitamos o simples contorno da solução civilista, desde da extinção da obrigação até à solução do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil aquando da inexecução da sentença. Estamos num campo mais complexo, onde *“a obrigação de indemnizar que falamos não se funda na responsabilidade civil da Administração, mas antes no princípio da tutela jurisdicional efetiva, por um lado, e num instituto próximo ao da expropriação, por outro”*¹³¹.

Acrescenta a esta ideia Maria Lúcia Amaral, afirmando que *“bem diferente é a situação que ocorre sempre que o Estado prejudica sem querer. Neste caso, o dever de indemnizar só existe a partir do momento em que o dano se produz: porque este não foi querido nem previsto pelo ato de vontade, a necessidade de atribuição de uma compensação indemnizatória não surgiu (nem pode surgir) como elemento condicionante da própria formação da decisão estadual. Aqui, a atuação pública gerou o dever mas não nasceu com ele; foi fonte de algo que logicamente lhe é posterior; deu origem a uma relação obrigacional nova que não existia nem podia existir antes da produção dos efeitos do ato. Por isso mesmo, o dever público de indemnizar que se inscreve nesta relação obrigacional tem como fonte a responsabilidade civil. A sua natureza é a de um débito, cujo cumprimento se exige por via dos instrumentos próprios de proteção jurídica secundária; não é a de*

¹³⁰ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 795.

¹³¹ Vera Eiró, *“Quanto vale uma sentença?... op. cit., p.817.*

parâmetro de valor, cujo cumprimento se exige por intermédio dos mecanismos típicos de proteção jurídica primária”¹³².

A invocação de uma causa legítima de inexecução serve de como instrumento de tutela ao particular, pois garante uma responsabilização objetiva da Administração através do reconhecimento da titularidade de um direito de ser indemnizado. O fundamento da obrigação de indemnizar encontrará o seu alicerce constitucional nos artigos 20.º, 205.º e 268.º, n.º 4 da CRP, relativo ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, do princípio da justa repartição dos encargos públicos, num sentido amplo de responsabilidade do Estado, o privilégio da execução prévia, e numa figura semelhante ao instituto da expropriação nas situações em que exista um excecional prejuízo para o interesse público. Há uma expropriação dos direitos do particular por causa da utilidade pública dos direitos do particular declarados ou que iriam ser declarados pela sentença¹³³. Assiste-se à efetivação da tutela de um bem jurídico público em concreto que se sobrepõe ao interesse do particular, ao interesse na reintegração da legalidade e ao próprio interesse na realização da justiça e cumprimento das decisões judiciais¹³⁴.

6.4.1 Contrapartida ao privilégio de execução prévia

Quando a inexecução da sentença é justificada por causa legítima, o facto de inexecução gera um dever de indemnizar, existindo uma censura objetiva, independentemente da ilicitude ou da culpa, conforme os artigos do CPTA, 166.º, n.º 1 e 176.º, n.ºs 6 e 7. Há aqui uma transferência de risco para a Administração pela obrigação atestada pelo título executivo servindo como uma espécie de contra moeda do privilégio de execução. Prevalece uma lógica da obrigatoriedade, prevalência e exequibilidade das sentenças jurisdicionais, e vai de encontro à previsão constitucional do artigo 205.º, n.º 3 da CRP.

A base do dever indemnizatório surge a partir da ideia de uma necessidade de existir uma contrapartida do privilégio da execução prévia. O privilégio de execução

¹³² Maria Lúcia Amaral, A Responsabilidade do Estado e o Dever de Indemnizar do Legislador, Coimbra Editora, 1998, p.415.

¹³³ O texto da lei espanhola (adiante citado), e por exemplo, López González, El sistema español de ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”, en La justicia administrativa en el derecho comparado, Civitas, 1993, p. 418.

¹³⁴ Neste sentido Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo... op. cit., p. 253.

prévia é a situação em que "*cabe à Administração executar os seus próprios atos administrativos (auto-tutela executiva)*"¹³⁵. Esta auto-tutela significa que da mesma forma que é concedido à Administração este poder especial, a execução dos seus próprios atos, mesmo que ilegais, sem que tenham de sentença. Tal execução poderá causar prejuízos ilegais – poderá causar danos impossíveis de serem reintegrados, por exemplo o abate de um animal. Assim, a responsabilização objetiva da Administração é justificada como equilíbrio pelo privilégio de execução prévia.

A execução prévia de um ato ilegal, a Administração fez valer o seu direito sem que o particular não conseguisse suspender atempadamente a prática do ato. *"Assim, o ordenamento jurídico que permite à Administração executar imediatamente o ato administrativo que emana, associa a esse privilégio – o de execução prévia ou autotutela executiva – o risco inerente à eventual impossibilidade de executar a sentença anulatória do ato que sobrevier, associando-lhe como contrapartida o dever de indemnização pela irreversibilidade da situação constituída por esse ato ilegal"*¹³⁶. Parece-nos assim, proporcional aceitar a responsabilidade objetiva como contrapoder pelo privilégio da execução prévia que a Administração tem sobre os seus próprios atos.

6.4.2 Expropriação do direito

A Administração tem como principal missão a persecução do interesse público, e prevenir uma lesão grave a esses mesmos interesses. Os interesses coletivos devem prevalecer sobre os interesses privados. A salvaguarda desses interesses, poderá implicar a não execução de determinadas sentenças que provoquem um prejuízo excecional ao interesse público – esse sacrifício exigido ao particular, assemelha-se ao instituto da expropriação¹³⁷.

¹³⁵ José Casalta Nabais, Direito Fiscal, Almedina, 8.ª edição, 2015, p. 23.

¹³⁶ Acórdão do STA, de 3 de março de 2005, P. nº 041794A.

¹³⁷ Breve nota doutrinária contra a admissão do excecional prejuízo do interesse público como causa legítima de inexecução, como Alves Peixoto, "*alguns administradores veem o interesse público em tudo e os direitos dos administrados em nada*" in Manuel Alves Peixoto, A execução das sentenças contra a Administração, in *Scientia Iuridica*, Braga, tomo IV, 1955, p.17, ou Viola "*na maior parte das vezes é a natural inércia da Administração que cria o fantasma do perigo de ordem pública, isto é, o cómodo pretexto com o qual justifica a tendência para deixar as coisas como estão*" Guido Viola, Le ragioni di ordine e interesse pubblico ostative alla esecuzione del giudicato, in Atti del Convegno sull' adempimento del giudicato amministrativo, p. 113.

O sacrifício especial de direitos condicionados deverá ter como contrapartida uma justa indemnização para o particular, havendo uma ponderação entre o interesse público e um direito fundamental. Sobre a expropriação do direito do autor, Mário Aroso de Almeida escreve: *“apenas se admite que a grave lesão do interesse público pode constituir fundamento para um fenómeno cuja lógica até certo ponto se aproxima da do instituto de expropriação por razões de interesse público e que pode ser configurado com um afloramento da teoria do estado de necessidade que, envolvendo a imposição de um sacrifício especial ao recorrente, determinada pela necessidade de salvaguardar interesses considerados mais importantes há-de necessariamente passar pelo pagamento da devida indemnização”*¹³⁸.

Assim, nestas situações, o particular com a invocação de causa legítima de inexecução da sentença por excecional prejuízo do interesse público, perde a utilidade da sentença, restando-lhe um único meio de tutela compensatório. O juiz tem o poder de impor um sacrifício¹³⁹ de direitos, semelhante ao poder de expropriar. Há uma desapropriação do interessado, por motivos de interesse público, de um direito que é titular e lhe é reconhecido. A imposição desse sacrifício ao particular implicará sempre um direito de indemnização ao mesmo, que corresponderá ao valor do direito sacrificado¹⁴⁰.

É assim possível, estabelecer uma analogia com o regime jurídico da responsabilidade civil pela expropriação de um direito real por razões de interesse público com o sistema das causas legítimas de inexecução pela verificação de um excecional prejuízo para o interesse público¹⁴¹. Falamos numa expropriação em sentido amplo, pois em ambas as situações o direito sacrificado é compensado pelo pagamento de uma indemnização¹⁴². Na expropriação, os direitos do particular são sacrificados a

¹³⁸ Mário Aroso de Almeida, *Anulação...*, op. cit., p. 783. Freitas do Amaral refere a existência de uma imposição de um sacrifício especial, *vide*, Freitas do Amaral, *Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Mário Aroso de Almeida* ("Anulação contenciosa de actos administrativos e relações jurídicas daí emergentes"), in *Themis*, Ano II, n.º 3, 2001, pp. 305-315.

¹³⁹ No ordenamento jurídico espanhol, é utilizada a expressão de *“expropriar”* nesta matéria. *Vide* artigo n.º 105, n.º 3, da Ley 29/1998, de 13 de julho.

¹⁴⁰ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 783, Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, IV, 1988, p. 246, e Diogo Freitas do Amaral, *Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Mário Aroso de Almeida*, in *Themis*, n.º 3, p. 305 a 315.

¹⁴¹ Freitas do Amaral, *A execução...* op. cit., p. 169.

¹⁴² Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário...* op. cit., 809; Rodrigo Esteves de Oliveira, *Processo Executivo...* op. cit., p. 253

partir de uma declaração de uma sentença ou de outro título executivo *por causa de utilidade pública, “não para os afetar a uma finalidade coletiva, mas para a tutela ou proteção de um bem jurídico (público) concreto de valia superior ao interesse do particular, ao interessa na reintegração da legalidade e ao próprio interesse público na realização da Justiça, no cumprimento das decisões judiciais”*¹⁴³.

Este direito de indemnização do particular não se baseia na responsabilidade civil da Administração, mas antes no princípio da tutela geral efetiva – e num instituto próximo da figura da expropriação¹⁴⁴ – há uma expropriação do direito do particular em nome do interesse público. Há um direito do interessado em obter uma compensação, uma prestação pecuniária, tendo o juiz um papel essencial nesta transformação.

A jurisprudência recente reconhece que *“sendo já impossível a execução do acórdão anulatório, como ficou decidido nos autos, torna-se também impossível a reapreciação da pretensão dos exequentes, aqui AA, daí a compensação prevista na lei para ressarcir-los dos danos decorrentes dessa impossibilidade, ou seja, os danos decorrentes da perda do direito à execução do acórdão anulatório, que alguns também denominam de expropriação da execução”*¹⁴⁵.

Numa lógica semelhante ao instituto da expropriação, o particular sofre um sacrifício especial devia a um excecional prejuízo para o interesse público¹⁴⁶. O particular vê assim o seu direito não executado, em nome dos interesses da comunidade, isto é, em nome do interesse público. Contudo, apesar de existir um direito do particular ser indemnização, não se trata de uma expropriação em sentido técnico, o prejuízo excecional difere do instituto da expropriação: *“deve ser encarada de forma objetiva, como*

¹⁴³ Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo Executivo... op. cit., p. 253.

¹⁴⁴ Vera Eiró – *“Quanto vale uma sentença?”* Notas sobre a aplicação do artigo 102.º, n.º 5 do CPTA, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. II, Coimbra, 2008, pp. 836 e ss.

¹⁴⁵ Acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, P. n.º 47578-A, ver também neste sentido entre outros, Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º 041321ª; 02 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03; de 2 de dezembro de 2010, P. n.º 047579A; de 20 de novembro de 2012, P. n.º 0949/12; de 25 de setembro de 2014, P. n.º 01710/13.

¹⁴⁶ Neste sentido o Acórdão do STA de 10 de julho de 1997, P. n.º 27 739-A: *“Situações deste género fazem ressaltar um duplo conflito em que um dos protagonistas é sempre o interesse público fundamental específico prosseguido... Um conflito desse interesse com o interesse particular, expropriado do direito à execução integral”*.

*circunstância cujo o reconhecimento não envolve a formulação de qualquer juízo valorativo e que sempre teria de ser admitida como fundamento para a inexecução da sentença*¹⁴⁷.

Os casos clássicos de expropriação do direito do autor serão situações em que, tendo sido impugnado um ato de formação de um contrato público – e durante a pendência da ação o contrato já foi celebrado e executado. Ou situações em que, na pendência da ação, tenha sido alterado o quadro normativo em vigor, sendo que a prática dos atos de execução da sentença iria contra a lei em vigor. Ou ainda situações em que o ato de adjudicação foi anulado, a entidade revogou a decisão de contratar de forma lícita¹⁴⁸. Outro exemplo recorrente uma impossibilidade absoluta como inexecução de uma sentença, trata-se de uma ação que tenha como objeto obras públicas¹⁴⁹.

Carla Amado Gomes¹⁵⁰, fala numa compensação pelo sacrifício integrado num *conceito amplo de compensação por facto lícito* devendo a indemnização obedecer a um princípio de equivalência de valores, distinguindo-se da ideia responsabilidade por facto lícito por esta não ser verdadeiramente responsabilidade por faltar a censura jurídica que a responsabilidade dirige às condutas ilícitas, e por não visar a reintegração da esfera jurídica do lesado. Serão reconduzíveis à compensação pelo sacrifício intervenções fundadas em normas habilitantes (factos lícitos à partida), e intervenções cobertas por causas de exclusão de ilicitude (factos lícitos à chegada). A autora salienta a importância artigo 16.º do Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho (RRCEE)¹⁵¹, como um valioso auxílio dos tribunais na determinação da indemnização, que deve abranger os danos especiais e anormais resultantes do facto de

¹⁴⁷ Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* op. cit., p. 779 e 780.

¹⁴⁸ Ver o Acórdão TCA Sul de 17 de setembro de 2015, P. 05176/09.

¹⁴⁹ Princípio da intangibilidade das obras públicas, criado pela jurisprudência francesa para que mesmo em situações de apropriação irregular um terreno de um particular, prevaleça o interesse da Administração. – Bertrand Mathieu, *Les validations Legislatives*, Paris, 1987, p. 199 e 200.

¹⁵⁰ Carla Amado Gomes, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 151 e ss., sobretudo p. 155 e ss., e 168 e ss.

¹⁵¹ Veio revogar o Decreto-Lei n.º 48 051 de 21 de novembro de 1967, e criou um novo quadro normativo da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, mantendo algumas soluções que constavam da legislação anterior, consagrando algumas soluções que vinham sendo defendidas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais e acolhendo soluções por influência da legislação e doutrina estrangeiras. Sobre o RRCEE, ver Carlos Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* Anotado, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 671 e ss.; *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, dirigido por Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, e a obra organizada pelo Ministério da Justiça, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

inexecução da sentença, e não os danos resultantes do facto que determinou a condenação¹⁵².

A jurisprudência, por outro lado, tem vindo considerar que a indemnização devida por causa legítima de inexecução, não se enquadra em nenhuma das situações, excepcionais, em que o legislador admitiu a responsabilidade da Administração por atos lícitos, designadamente a indemnização pelo sacrifício prevista pelo o artigo 16.º do RRCEE. *“Ainda assim, tratando-se de um caso de responsabilidade civil do Estado, não poderá a indemnização ser atribuída sem que se verifiquem alguns dos seus pressupostos, a saber, a existência de danos e a verificação do nexo de causalidade. O carácter sui generis da indemnização por inexecução de sentença reflete-se em ambos, mas é em relação ao nexo de causalidade que poderão surgir algumas dificuldades que se repercutirão, sobretudo, na avaliação dos danos e na consequente fixação do quantum reparatorio. Basicamente, este nexo de causalidade tem que ser relativizado, devendo a avaliação dos danos fazer-se com base numa ideia de maior ou menor grau de probabilidade (ou de maior ou menor “margem de incerteza”) – sendo certo que a sua quantificação também não se afigura fácil*¹⁵³.

7. Indemnização devida pela inexecução da sentença

As duas situações previstas de causa legítima de inexecução, excecional prejuízo para o interesse público ou por impossibilidade absoluta, são diferenciadas, contudo ambas originam o reconhecimento do direito ao autor ser indemnizado através da chamada indemnização devida por facto de inexecução da sentença. A “expropriação da sentença”, o privilégio da execução prévia, princípio efetiva da tutela jurisdicional, princípio da justa repartição dos encargos públicos, num sentido amplo de responsabilidade do Estado, são os alicerces que sustentam a indemnização devida ao particular pela inexecução da sentença.

A indemnização devida visa estabelecer o valor pecuniário pelo facto da inexecução de forma a compensar o autor da ação pela impossibilidade de satisfação do pedido de reconstituição da situação jurídica violada. Não está aqui em causa uma

¹⁵² Carla Amado Gomes, A compensação... op. cit., na nota 212, p. 175 e nota 57.

¹⁵³ Vide o acórdão de 20 de novembro de 2012, P. n.º 0949/12.

indenização pela responsabilidade contratual, ou uma indenização ampla que cobra todos os danos que possam ter resultado da atuação ilegítima da Administração, mas sim uma indenização pelo facto da inexecução. Distingue-se aqui duas indenizações: a indenização devida pela inexecução da sentença, e a indenização devida por reparação de todos os danos causados pela inexecução¹⁵⁴. A responsabilização da Administração de todos os danos causados pela atuação ilegítima, diz respeito ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposo, a sua efetivação o autor tem igualmente a possibilidade de instaurar uma ação autónoma de responsabilidade de forma a ser compensado por outros danos que tenham sido eventualmente provocados¹⁵⁵.

7.1 Fonte normativa da indenização devida

Os artigos 166.º, n.º 1 e 178.º, n.º 1 do CPTA falam numa “indenização devida pelo facto da inexecução”. Na legislação precedente, no Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho, o artigo 10.º, n.º 1 admitia a possibilidade de o interessado “requerer a fixação da indenização dos prejuízos resultantes do ato anulado pela sentença e da inexecução desta por causa legítima”, acrescentando o n.º 4, que o processo terminava, se, entretanto, tivesse sido proposta a ação de indenização com o mesmo objeto, ou se o tribunal para ele remete as partes, por considerar a matéria complexa indagação. Na prática o STA remetia para uma ação autónoma de responsabilidade civil, apenas admitindo a convolução do processo de execução num processo indemnizatório, quando os danos causados pela inexecução, e apenas estes, não fossem de complexa indagação.

No atual CPTA, há uma similitude entre os preceitos dos artigos 45.º, 45.º - A, 166.º e 178.º, estes dizem respeito à impossibilidade de satisfação do pedido do autor em momentos diferentes: os artigos 45.º e 45.º A, pretendem dar resposta à relevância das circunstâncias atendíveis até ao encerramento da discussão no processo declarativo; o artigo 166.º, no processo de execução para a prestação de facto ou de coisa, atribui relevância a circunstâncias supervenientes em relação ao título executivo, que aquando

¹⁵⁴ Neste sentido Mário Aroso de Almeida/Carlos Fernandes Cadilha, Comentário... op. cit., 1078 e ss. Distinção feita na jurisprudência nos Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º 41321-A, e de 1 de outubro de 2008, P. n.º 42003-A.

¹⁵⁵ Neste sentido Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in, “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas - Anotado”, 2.ª edição, 2011, págs. 107-108.

da execução de sentença, diz respeito aos factos ocorridos depois do encerramento da discussão ou factos que a Administração não estava em condições de invocar em momento oportuno durante o processo declarativo (artigo 163.º, n.º 3); e o artigo 178.º, diz respeito ao processo de execução de sentença de anulação de ato administrativo (artigo 47.º, n.º 3), desempenha, no âmbito desse processo, a mesma função do que os artigos 45.º e 45.ºA, relativamente aos processos declarativos em geral,

Estes artigos visam dar resposta às circunstâncias que impeçam que o tribunal consiga proporcionar ao autor da ação a utilidade específica que este inicialmente pretendia. Exemplo, a execução de ato administrativo ilegal que veio a dar origem a uma situação de facto consumado que gera uma impossibilidade de extração das devidas consequências da anulação do ato ilegal – execução de um ato de adjudicação, através da celebração do contrato e a sua execução. Verifica-se uma impossibilidade de satisfação do pedido, justificado pela existência de uma causa legítima de inexecução, neste caso uma impossibilidade absoluta, dá origem a um direito de indemnização ao particular.

Caso esta impossibilidade se verifique aquando do processo declarativo, faz-se aplicar o regime estabelecido nos artigos 45.º e 45.ºA. Ainda recentemente reafirmou o TCA Norte, *“o entendimento de que se pretende por esta via legal assegurar ao exequente, no âmbito de um processo declarativo simplificado, uma compensação “pelo facto da inexecução”, e apenas por este facto”*¹⁵⁶. O juiz terá de formular um juízo favorável à pretensão inicial do autor, exigindo-se uma emissão de decisão de mérito – devendo o tribunal julgar como precedente, reconhecendo que a pretensão inicial era fundada, ainda que não anule o ato ilegal. O tribunal reconhece que o ato é ilegal e deveria ser anulado, reconhecendo assim o direito a ser indemnizado ao autor da ação pela inutilidade da sentença – convolação do processo dirigido à emissão de uma decisão pretendida pelo autor num processo dirigido uma compensação pecuniária.

Apenas uma interpretação do 45.º com uma amplitude poderá fazer os direitos dos interessados que viram as suas as pretensões impossíveis de serem satisfeitas. Duas dimensões são apontadas pela doutrina¹⁵⁷ face ao artigo 45.º que merecem ser distinguidas. O interessado tem o direito objetivo de indemnização¹⁵⁸, que não está

¹⁵⁶ Acórdão do TCA Norte de 18 de março de 2016, P. nº 2567/07.3BEPRT-A.

¹⁵⁷ Mário Aroso de Almeida, Indemnização pelo facto... op. cit., p. 3 a 6.

¹⁵⁸ O mesmo direito de indemnização encontra-se igualmente previsto nos artigos 166.º e 178.º do CPTA.

dependente de qualquer dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual das entidades por facto ilícito e culposo. O autor da ação desde do início cumula com o pedido principal, um pedido da Administração por todos os danos resultantes da sua atuação legítima. Assim, apesar de não dar provimento ao pedido principal o tribunal pode fixar o montante da indemnização devida ao autor, nos termos do artigo 45.º n.º 1. Esta indemnização visa reparar os danos causados pela atuação ilegal da Administração, que de outro modo, ficaria por reparar mesmo que não se verificassem as circunstâncias do 45.º n.º 1, sempre dentro dos termos legais considerando que a atribuição destas indemnizações dependerá de pressupostos diferenciados.

O direito de indemnização pode ser reivindicado na mesma ação que levou à inexecução da sentença ou terá o interessado de colocar uma ação autónoma para fazer valer o seu direito indemnizatório? O artigo 45.º - A refere que *“quando, tenha sido deduzido ao respetivo procedimento de formação, o tribunal: a) verifique que já não é possível reconstruir o procedimento pré-contratual, por entretanto ter sido celebrado e executado o contrato; b) proceda, segundo o disposto da lei substantiva, ao afastamento da invalidade do contrato, em resultado da ponderação dos interesses públicos e privados em presença.”* Admite a possibilidade de modificação do objeto, mas este não diz respeito ao contencioso pré-contratual propriamente dito, porque tem subjacente uma ação sobre contratos (pedido respeitante à invalidade do contrato) - sendo que é de aceitar que a modificação seja feita¹⁵⁹ - da invalidação do contrato para a atribuição de indemnização - sempre que não seja possível a reinstrução do procedimento pré-contratual.

7.2 Afastamento dos pressupostos da responsabilidade civil

Assinala Mário Aroso de Almeida que o instituto das causas legítimas de inexecução poderá ser além de um regime processual, poderá ser um regime substantivo, caso a impossibilidade de execução da sentença, dependa da obrigação de indemnizar dependa da existência de uma responsabilidade civil objetiva, independentemente da culpa¹⁶⁰, não determinando o ressarcimento de todos os danos sofridos. A modificação

¹⁵⁹¹⁵⁹ No mesmo sentido Pedro Gonçalves, Regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente, publicado em Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, Comentários à Revisão do CPTA e do ETAF, Lisboa, AAFDL, 2016, p. 541-550.

¹⁶⁰ Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º 41321; de 01 de outubro de 2008, P. n.º 42003; de 25 de fevereiro de 2009, P. n.º 47472; e de 20 de janeiro de 2010, P. n.º. 47578-A.

objetiva de instância consagra, para além de um regime processual, um regime substantivo¹⁶¹, determinando um automático dever de indemnização pela a Administração, semelhante à obrigação de indemnizar que surge com o ato de expropriação.

A indemnização devida pelo facto da inexecução da sentença não se destina a ressarcir os danos provocados pela a atuação ilegal da Administração que foi posta em causa. São afastados os pressupostos de responsabilidade civil, em particular, o elemento da ilicitude pois estamos no campo de uma inexecução justificada pela existência de uma causa legítima. Essa causa legítima de inexecução quebra o nexo de causalidade com o ato inicialmente ilícito¹⁶². O elemento de ilicitude na responsabilidade civil tem critérios mais estritos que a ilegalidade¹⁶³. Assim, embora se conclua que no juízo de mérito o ato ilegal não preenche o requisito de ilicitude em sede responsabilidade civil, o dever de indemnização da Administração não estará dependente deste requisito. O elemento da culpa no apuramento da responsabilidade civil, será igualmente irrelevante, sendo que a existência da culpa da Administração ou culpa do lesado não computam para a atribuição da indemnização devida por facto da inexecução. Aceita-se assim, que existam casos em que o particular tenha direito a ser indemnizado, apesar de não estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito, ou seja, será apenas indemnizado pela inexecução da sentença¹⁶⁴.

Apesar de reconhecermos a importância do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e de economia processual, importa não confundir os dois tipos de indemnização. A indemnização devida pela inexecução não depende do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Numa interpretação superficial do princípio economia processual, podia surgir o entendimento que a indemnização deveria abranger a todos os danos resultantes da atuação ilegítima da Administração facilitaria teoricamente ao particular em obter tutela numa única ação de reparação. Contudo, a acoplagem da indemnização devida com o pedido de indemnização por responsabilidade civil parece-nos fortemente desaconselhável, pois o

¹⁶¹ Neste sentido Verá Eiró, Quanto vale... op. cit., p. 832,

¹⁶² Vera Eiró, Comentário... op. cit., p. 224.

¹⁶³ Sobre a diferença entre ilegalidade e ilicitude, Ivo Miguel Barroso "Ilegalidade e Ilícitude no âmbito da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração", in *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo*, 2005, pp. 183 a 273.

¹⁶⁴ Neste sentido Verá Eiró, Comentário... op. cit., p. 334.

autor pode poder um direito que é na sua génese automático, o de ser ressarcido pela inexecução da sentença. Assim, o autor para além do direito automático de indemnização que é credor pela inexecução da sentença, poderá propor uma ação autónoma de responsabilidade civil para que possa ser indemnizado dos danos causados pelo ato inicialmente posto em causa. Desta forma, o particular pelo menos garante que será compensado pelo facto da inexecução, mesmo que não preencha os requisitos da responsabilidade civil.

No limite, em caso de cumulação, pode correr o risco de perder o direito a ser indemnizado, caso não fossem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Veja-se o Acórdão do STA de 4 de abril de 2006, P. n.º 77-B/02, onde as partes estavam em acordo sobre a existência de uma causa legítima de inexecução, apenas não sobre o montante. O tribunal decidiu que não haveria qualquer indemnização a ser prestada pois não estavam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposo. Assim, o particular via um direito automático a ser indemnizado desaparecer com o pedido de uma só indemnização.

7.3 Opção pela indemnização civil

A indemnização devida visa a ressarcir a perda de utilidade da sentença, ora tal significa, que podem ficar por ressarcir os danos causados pela atuação originariamente posta em causa na ação de impugnação. O artigo 45.º, n. 3º do CPTA prevê a hipótese de o autor ter a possibilidade de optar por pedir a reparação de todos os danos da atuação ilegítima da entidade demandada ou ser ressarcido pela perda da sentença. Há uma modificação de instância – *“o pedido de invalidade e de condenação à prática de atos ou de condutas materiais é integral substituído por um pedido de responsabilidade civil”*¹⁶⁵. O autor abdica da indemnização devida e opta por apenas pedir o ressarcimento pelos danos causados pela a atuação ilegítima da entidade demanda. A convolação processual estará sempre dependente da constatação da ilegalidade na conduta por parte da entidade demandada – o tribunal deverá emitir um despacho interlocutório onde reconhece a pretensão do autor, com o reconhecimento da conduta ilegal da entidade

¹⁶⁵ Vera Eiró, Comentários... op. cit., p. 242.

demandada, e a existência de uma circunstância que permita ao autor fazer o pedido de responsabilidade civil. Posteriormente, o autor deverá elaborar um novo articulado, onde deverá alegar e provar o preenchimento cumulativo dos pressupostos da responsabilidade civil¹⁶⁶, tendo o novo pedido 30 dias para ser apresentado.

Caso exista uma cumulação originária do pedido, isto é, pedido de impugnação ou condenação e reparação de todo os danos sofridos, o regime de modificação objetiva da instância poderá igualmente ser aplicado. Tal solução levanta-nos algumas dúvidas, pois o tribunal poderá concluir que a execução da sentença é objetivamente impossível ou pode causar um excecional prejuízo para o interesse público – contudo o pagamento de indemnizações não é impeditivo no regime das causas legítimas de inexecução. Consequentemente, o autor não poderá ser indemnizado por perda de utilidade da sentença que lhe atribuía a tutela primária dos seus direitos, mesmo quando a sua pretensão lhe seja reconhecida na tutela secundária.

8. Apuramento do montante da indemnização

Importa agora perceber como se concretiza a indemnização devida, nomeadamente quais os critérios na determinação do montante devida pela Administração.

A inexecução lícita não se confunde com a discricionariedade da Administração entre executar ou não executar a decisão judicial. Levanta-se a questão se a indemnização devida existe fora do escopo da inexecução da sentença? Por outras palavras, se as partes podem acordar entre si a valor a indemnizar mesmo sem uma decisão do tribunal. Vieira de Andrade parece ser a favor deste entendimento, tendo as causas legítimas “*de ser reconhecidas por acordo do interessado ou julgadas procedentes pelo juiz*” podendo o interessado escolher a indemnização “*mesmo fora das situações legalmente previstas como causas legítimas de inexecução*”¹⁶⁷. O legislador não fornece uma resposta clara – artigo 45.º, n.º 1, do CPTA, o tribunal não deixa de proferir o reconhecimento da causa

¹⁶⁶ Novidade trazida pela reforma de 2015 do CPTA. Ver também o Acórdão do STA de 19 de novembro de 2015, P. n.º 01448/15 que admitiu o recurso de revista quanto à questão de saber se o exequente pode pedir, durante o processo de execução do julgamento anulatório de ato administrativo, os danos fundados na ilicitude do ato -falamos aqui de responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito.

¹⁶⁷ José Carlos Vieira de Andrade, A Justiça... op. cit., p.409. No mesmo sentido, Rodrigo Esteves de Oliveira, Processo executivo..., op. cit., p.256, nota 32.

legítima de inexecução. Os artigos 164.º, n.º 6 e 165.º n.º 3, do CPTA, permitem o acordo entre as partes na indemnização devida, ficando o tribunal apenas encarregue de se pronunciar sobre a tramitação da atribuição do montante da indemnização. Aqui em causa a necessidade de proteção dos contrainteressados, e por outro lado, a natureza objetiva do contencioso¹⁶⁸.

A perda da execução da sentença é economicamente avaliável, apesar de suscitar muitas dúvidas nos tribunais administrativo sobre a sua concretização. A primeira condição para a determinação da indemnização será a pronúncia do tribunal de uma decisão de mérito sobre a validade dos fundamentos da ação. Esta matéria tem de ser vista como “*uma questão de legalidade e de ordem pública*”¹⁶⁹, ou seja, é uma matéria que não deve ficar nas partes caso a Administração não possa revogar o ato. Apesar do contencioso administrativo ter uma natureza essencialmente subjetiva, esta matéria exige a pronúncia formal do tribunal. No caso de um acordo entre as partes, o pagamento da indemnização devida por mero acordo e sem sentença judicial não encontra cabimento legal que justifique a despesa, conforme o princípio da legalidade¹⁷⁰.

A sentença não deixa de ser proferida pelo juiz, devendo o juiz condenar a entidade demandada ao pagamento de uma indemnização. As partes são convidadas pelo tribunal a chegar a um acordo sobre o valor da indemnização, tendo 30 dias, podendo este prazo ser prorrogado até 60 dias, para acordarem o montante da indemnização devida. A prorrogação deste prazo dependerá de um requerimento, devidamente fundamentado, por uma ou ambas as partes. Caso, as partes não cheguem a um entendimento, o autor pode fazer valer o seu direito a ser indemnizado junto ao tribunal, no prazo de um mês, com a apresentação de um articulado superveniente onde demonstre qual o montante da indemnização devida que lhe entende ser devido.

O requerimento do autor quanto à determinação do montante da indemnização pelo facto de inexecução de sentença, deverá ser claro no sentido em que demonstre que o que está em causa é a *perda da sentença*, e não outros prejuízos auferidos pelo comportamento da entidade demandada. Correndo o risco que o tribunal venha a decidir

¹⁶⁸ Neste sentido Vera Eiró, Quanto vale... op. cit., p. 830.

¹⁶⁹ Cecília Anacoreta Correia, “A Tutela...”, op. cit., p.304.

¹⁷⁰ Vera Eiró, Quanto vale.. op. cit., p.831, nota 96.

que todos os danos alegados devem ser conduzidos para uma ação de responsabilidade civil e não de inexecução de sentença¹⁷¹.

O tribunal, fazendo valer o direito de contrainteresado, deverá ouvir a Administração pelo prazo de 10 dias ordenando as diligências instrutórias adequadas. O autor na ação a colocar para fazer valer o seu direito indenizatório, pode optar por pedir todos os danos resultantes da atuação ilegítima da Administração, tendo a última um prazo de 30 dias para contestar um novo pedido. Posteriormente a este momento, a ação seguirá os termos subsequentes da ação administrativa de responsabilidade civil. A contagem dos prazos deverá seguir o artigo 144.º do CPC, por sua vez os prazos da modificação objetiva da instância no contencioso pré-contratual urgente seguem os trâmites normais, por remissão do artigo 102.º, n.º 6 para os artigos 45.º e 45.ºA.

A modificação objetiva de instância não prevê que os contrainteresados possam ser ouvidos. Corre-se o risco de as partes acordarem o montante da indemnização devida sem que haja uma verdadeira impossibilidade absoluta, ficando o interesse dos contrainteresados em risco no sentido de querem a execução da sentença que venha invalidar o ato impugnado. Exemplo de um concurso público, onde existam vários concorrentes, neste caso contrainteresados, que tenham apresentado uma melhor proposta do que o autor da ação. Ora os contrainteresados terão um interesse claro em que seja lançado um novo procedimento contratual, onde terão maior hipóteses em ser escolhidos como adjudicatários¹⁷².

8.1 Determinação do montante indenizatório

A determinação do montante da indemnização devida pela perda de execução da sentença, nas causas legítimos de inexecução, tem de vindo a revelar-se uma matéria complexa para os tribunais. A falta de dados normativos que auxiliem como apurar o montante a receber pelo o autor da ação que viu a sentença ser inexecutada, tem deixado a jurisprudência algo refém do direito civil. Há uma maior dificuldade em determinar as fronteiras entre a indemnização devida e a indemnização cível levam a que, por vezes, o

¹⁷¹ A jurisprudência já seguiu este comportamento de decidir que todos os danos devem fazer parte de uma única ação de responsabilidade civil. Ver Acórdão TCA Sul de 7 de julho de 2005, P. n.º 11534/02/B.

¹⁷² José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça...* op. cit., p.409. No mesmo sentido, Rodrigo Esteves de Oliveira, *Processo executivo...*, op. cit., p.409, nota 922.

tribunal acabe por atribuir o montante da indemnização devida como se estivesse a atribuir o montante da indemnização cível.

O artigo 45.º do CPTA vem salientar este regime dual¹⁷³ da indemnização, a indemnização devida e a indemnização cível. O montante a atribuir da indemnização devida distingue-se do montante da indemnização civil, não deverão ser vistos como equivalentes – a perda de utilidade da sentença e o dano causado pela entidade demandada não são sinónimos. O autor poderá ser credor da obrigação de indemnizar fundada na inexecução da sentença e de outra obrigação de indemnização fundada na necessidade de reparar os danos causados pela atuação da entidade demanda na ação. O requerimento do autor para indemnização devida apenas deverá pedir a compensação pela perda da sentença, correndo o risco de confusão de conceitos pelo tribunal para a indemnização cível e a necessidade dos preenchimentos da responsabilidade civil.

A jurisprudência criou linhas dogmáticas de modo a conseguir apurar o montante a indemnizar: em primeiro lugar, o *valor da utilidade da sentença* – a avaliação terá de ser feita sempre de caso a caso, casuisticamente conforme da situação apresentada ao tribunal. Em segundo lugar, *indemnização justa* – vista encontrar um sentido de proporcionalidade entre o dano causado ao autor pela inexecução da sentença e o valor da indemnização a atribuir.

Apesar de a responsabilidade civil não ser a fonte de indemnização devida, não se deverá fazer uma total desconsideração da sua importância aquando da determinação do montante da justa indemnização, nomeadamente em relação à quantificação da indemnização. A ponderação da indemnização cível terá utilidade, mas apenas no auxílio na delimitação da indemnização devida pelo facto da inexecução, da mesma forma que os pressupostos da responsabilidade civil não se arrastam nem são elementos essenciais ou constitutivos da indemnização devida pelo facto da inexecução. Assim, de forma a evitar uma sobreproteção jurídica, a compensação a atribuir ao particular pelo facto da inexecução da sentença deverá ter como referência próxima o montante do dano sofrido pelo particular por força do ato inicialmente ilícito¹⁷⁴.

¹⁷³ Neste sentido Vera Eiró, Comentários... op. cit., p. 236.

¹⁷⁴ Neste sentido Vera Eiró, Comentário... op. cit., p. 234.

8.2 Fatores a serem considerados

Em primeiro lugar, importa ser considerado na determinação do montante indemnizatório, o princípio da igualdade. O autor na proposição da ação realiza um conjunto de despesas com a expectativa de uma emissão de uma sentença favorável aos seus interesses, e consequente execução da sentença. As realizações destas despesas configuram uma situação que merece compensação pela inexecução da sentença, o autor fica numa situação de desigualdade. O montante da indemnização deverá ter em conta todos os custos do processo – incluindo taxas de justiça e custos com eventual patrocínio judiciário¹⁷⁵.

Quanto aos custos da preparação da proposta – no caso de a perda de inexecução da sentença envolva um caso da contratação pública, a doutrina já apresenta maiores dúvidas na compensação por estas despesas¹⁷⁶. A aceitação deste segundo critério, passa por uma análise ampla do regime de contratação pública, encontrando-se o *quantum* mínimo da indemnização, nomeadamente, os custos associados à preparação da proposta. Este nosso entendimento é fortemente suportado pela europeização do Direito Administrativo¹⁷⁷, nomeadamente, a Diretiva 92/13/CEE de 25 de fevereiro de 1992, artigo 2.º, n.º 7: *“Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”*. Tendo o nosso ordenamento português adotado este entendimento com o artigo 79.º, n.º 4 Código de Contratos Públicos em relação aquando de uma não adjudicação vem afirmar: *“Quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas”*. Se neste caso

¹⁷⁵ Os honorários dos advogados serão sempre limitadamente ressarcidos ao abrigo do regime das custas de parte.

¹⁷⁶ Neste sentido Vera Eiró, Comentário... op. cit., p. 237

¹⁷⁷ Sobre a europeização do Direito Administrativo, vide, entre outros, Fausto de Quadros, “A Europeização do Contencioso Administrativo”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, 2006, p. 386 e ss.

se consagra que os concorrentes terão direito a ser indemnizados pela não adjudicação, parece-se aceitável *a fortiori* que o mesmo se aplique aquando da inexecução da sentença. Assim, caso a proposta do auto não tenha sido excluída, na indemnização devida deverá ter em conta os custos associados à apresentação da proposta. Parte da jurisprudência¹⁷⁸ tem vindo a desconsiderar este segundo critério, considerando que os custos da preparação da proposta não deverão ser quantificados na indemnização devida, pois são comuns a todos os concorrentes preteridos sendo um *risco de investimento* associados à participação de um concurso público. Enquanto que reconhecemos que os custos da preparação da proposta estão inerentes à participação do concurso, a sua associação ao facto de inexecução da sentença não deixa de ser relevante para o apuramento da indemnização devida. Estabelece-se assim um *quantum* mínimo¹⁷⁹, isto é, um mínimo sempre garantido no montante da indemnização que será sempre, pelo menos, os custos que ao autor teve na elaboração da proposta.

Outro critério por vezes usado na jurisprudência é *a possibilidade de adjudicação*. Enquanto que na indemnização civil, na determinação do dano e do nexo de causalidade, é um critério que se aceita na ponderação do montante, já na indemnização devida não nos parece que tal critério deva ser aqui aplicado.

A aceitação do critério da *possibilidade de adjudicação* enquanto requisito para a obtenção da indemnização (e não, uma quantificação) iria resultar na quase nunca numa atribuição do montante compensatório. Importa referir que está aqui em causa é a indemnização pela perda da execução da sentença, não a indemnização pelo nexo de causalidade de invalidade do ato e a possível escolha na adjudicação. Caso contrário na falha de prova deste nexo de causalidade, o autor poderia em caso limite, ficar sem direito a qualquer indemnização apesar da inexecução da sentença¹⁸⁰. Parece-nos estar perante um buraco negro dogmático, Vera Eiró fala mesmo numa caixa de Pandora que não deve ser aberta¹⁸¹. O pressuposto do nexo de causalidade na contratação pública é quase uma *probatio diabolica* pois a jurisprudência¹⁸² tem vindo a considerar que a avaliação das

¹⁷⁸ Neste sentido os Acórdãos do STA de 7 de março de 2006, P. n.º 0965/03, e de 3 de março de 2005, P. n.º 041794ªA.

¹⁷⁹ Neste sentido o Acórdão do TCA Sul de 8 de setembro de 2011, P. n.º 06762/10.

¹⁸⁰ Tal já aconteceu na jurisprudência, nomeadamente, no Acórdão do STA de 3 de março de 2003, P. n.º 041794A, no Acórdão do TCA Sul de 7 de julho de 2005, P. n.º 11534/02/B.

¹⁸¹ Vera Eiró, Quanto vale ... op. cit., p. 837.

¹⁸² Neste sentido o Acórdão do STA de 29 de setembro de 2004, P. n.º 01936/03, e o Acórdão do TCA Norte de 14 de junho de 2007, P. n.º 1657/05.01 BEPRT.

propostas é insindicável – dependendo o nexo de causalidade da demonstração que não fosse o ato impugnado, o autor teria sido escolhido como o adjudicatário.

É de afastar o entendimento que a probabilidade de atribuição da adjudicação deverá servir de requisito na atribuição da indemnização devida. Não releva a probabilidade da atribuição da adjudicação ou da ocorrência do dano final para que o autor possa ter direito a ser indemnizado por inexecução da sentença. Por outras palavras, a indemnização por perda da sentença será sempre devida¹⁸³, independentemente da certeza ou não de um dano final. A probabilidade na atribuição da eventual adjudicação deverá ser considerada aquando da aferição do montante a indemnizar – a probabilidade que autor teria em ser o adjudicatário servirá assim como barómetro no *quantum* da indemnização devida.

Assim, quando maior a probabilidade que o autor teria em ter sido o adjudicatário maior deverá ser a indemnização a receber pelo mesmo. Com uma maior probabilidade do autor em ser o adjudicatário, maior utilidade teria a sentença que acabou por não ser executada. A utilidade da sentença é o barómetro no cálculo da indemnização, assim se a perda de utilidade da sentença for reduzida o montante da indemnização devida deverá espelhar essa reduzida utilidade.

Por outro lado, nos casos em que exista uma certeza da ocorrência um resultado final, de o autor ter sido o adjudicatário. Em caso de certeza da ocorrência do dano final, a perda da vantagem é dada com certa, e economicamente avaliável. À primeira vista, aquando desta certeza de ocorrência do dano final dispensa-se o juízo de equidade¹⁸⁴. Por exemplo, aquando de um contrato público, o autor consiga provar que seria ele o adjudicatário caso o ato impugnado não tivesse sido praticado pela entidade demandada, o autor poderá requerer ser indemnizado pelos custos que teve para se colocar na posição de vantagem que perdeu com a inexecução da sentença, ser indemnizado pela perda de utilidade que esta posição de vantagem lhe proporcionaria.

¹⁸³ No mesmo sentido Acórdão do STA de 3 de dezembro de 2015, P. 0413/14 e Acórdão do TCA Norte de 9 de outubro de 2015, P. 00814/2000.

¹⁸⁴ No mesmo sentido o Acórdão do TCA Sul de 16 de dezembro de 2015, P. n.º 10999/14 – afasta o juízo de equidade, numa situação de causa legítima de inexecução da sentença - certeza que o autor da ação seria o adjudicatário, o *quantum* indemnizatório deverá ser equivalente ao designado interesse contratual positivo. Havendo a certeza de ocorrência do dano, é dispensando o artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil.

Levanta-se a questão se deverá ter-se em conta os custos que o autor teve até ao momento em que o tribunal lhe deu razão, ou se o montante indemnizatório será resultado da ponderação efetiva da vantagem que a sentença lhe iria atribuir, a celebração e execução do contrato. Entramos aqui no campo do interesse contratual positivo.

8.3 Recurso ao critério de equidade

A indemnização em apreço tem como objetivo ressarcir *“aquilo que vem sendo chamado de expropriação do direito à execução ou de perda de uma oportunidade de reconstituição natural”*¹⁸⁵, e que a mesma encontra fundamento legal no artigo 178.º do CPTA. Contudo este regime da expropriação da sentença criado pela jurisprudência administrativa, ainda se encontra pouco desenvolvido, expressões utilizadas como *“não nos parece mal atribuir uma indemnização”* ou *“deve considerar-se, em particular, para calibrar uma indemnização”* demonstram que o direito à indemnização devida por inexecução da sentença ainda não está sedimentado na mente jurisprudencial. Na ausência de um quadro normativo claro e seguro, confrontados com um dano incerto os juízes tem vindo a seguir um caminho quase empírico procurando auxílio no instituto da responsabilidade civil e equidade.

Nos casos em que não se consegue precisar com exatidão a quantificação da perda do particular pela inexecução da sentença, considera que a indemnização deverá ser determinada através de um juízo de equidade, de harmonia com o disposto no artigo 566º n.º 3 do Código Civil, de acordo com o qual *“se não puder ser averiguado o valor exato dos danos o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”*¹⁸⁶. Importa ter em conta que o juízo de equidade não se trata de um juízo arbitrário¹⁸⁷, *“é um juízo que terá de partir sempre do direito positivo, enquanto expressão histórica da justiça numa sociedade organizada, mas alijando elementos técnicos e formais exigíveis no juízo estritamente legal”*¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Acórdão do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03.

¹⁸⁶ Vide os Acórdãos do STA de 25 de fevereiro de 2009, P. n.º 47472A; de 29 de novembro de 2005, P. n.º 41321A; de 30 de setembro de 2009, P. n.º 634/09; e de 20 de novembro de 2012, P. n.º 949/12.

¹⁸⁷ Como destacou o Acórdão do TCA Norte de 30 de novembro de 2008, P. n.º 00682-A/2002-Coimbra.

¹⁸⁸ Menezes Cordeiro, in A Decisão Segundo a Equidade, O Direito, Ano 122º, II, p. 280

Na ponderação da equidade, circunscreve-se às hipóteses em que o tribunal afrente, manifestamente, «as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas e de criteriosa ponderação das realidades da vida»¹⁸⁹. Neste domínio defende Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹⁹⁰ que “quando se nos depare um pedido indemnizatório por inexecução de sentença, não pode falar-se, por conseguinte, numa indemnização correspondente ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo, mas antes - e, designadamente, em situações de afastamento ilegal ou preterição num concurso - numa indemnização pela perda de oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, e que terá de ser fixada segundo critérios de equidade”¹⁹¹.

¹⁸⁹ Acórdão do STJ, de 17 de setembro de 2014, P. nº 158/05.2PTFUN.L2.S2.

¹⁹⁰ Carlos Alberto Fernandes Cadilha in, “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas - Anotado”, 2.ª edição, 2011, p. 107-108.

¹⁹¹ Carlos Alberto Fernandes Cadilha in, “Regime...”, op. cit., p. 107 e 108.

Parte II

Afastamento ilícito dos concorrentes

9. Invalidades pré-contratuais e a impossibilidade de satisfação nos procedimentos concursais

Cabe-nos agora fazer uma reflexão no âmbito das relações pré-contratuais, um interessado na adjudicação é afastado ilicitamente do concurso, e ao intentar uma ação de impugnação o autor não consegue obter a utilidade pretendida. Por outras palavras, a verificação de uma impossibilidade de satisfação do pedido do autor quando exista uma preclusão ilícita num procedimento concursal. O tema requiere uma análise minuciosa atendendo às especificidades do caso em concreto, tendo os conta o facto e o direito.

Quando o autor não consegue obter a utilidade pretendida, a questão que tem levando maiores dúvidas em termos de como determinar o montante da indemnização devida tem sido quando o particular, num procedimento contratual, impugna o ato de adjudicação, mas, entretanto, o contrato já foi celebrado e executado. Estamos perante uma tutela meramente ressarcitória, e não perante uma tutela reintegradora dos concorrentes. Caberá apenas ao tribunal analisar a pretensão indemnizatória, não se podendo substituir à Administração em funções que lhe são reservadas – prova a indemnização pecuniária invés da administração em espécie.

Perante estas situações, o CPTA, nos artigos 45.º, 45.º A e 102.º n.º 6, auxilia o tribunal indicando que este não deverá anular o ato de adjudicação, devido à impossibilidade de satisfação da pretensão inicial do autor com o ato anulatório, impossibilidade de extrair as consequências desejadas do ato de anulação. No artigo 102.º, n.º 6, no âmbito do contencioso pré-contratual, está prevista a aplicabilidade do regime disposto dos artigos 45.º e 45.ºA, em situações de impossibilidade absoluta de satisfação dos interesses do autor. Por outro lado, apesar de o tribunal de abster de anular o ato de adjudicação, deverá reconhecer ao particular o direito à indemnização devida, notificando as partes que deverão chegar a um acordo sobre o montante da indemnização devida, no prazo de 30 dias, podendo o prazo ser prorrogado até 60 dias. O mesmo enquadramento será aplicado aos casos em que mesmo que o tribunal venha anular o ato de adjudicação, em sede de execução, se venha a verificar que o contrato já foi celebrado

e executado (artigo 173.º CPTA), verificando-se aqui uma causa legítima de inexecução da sentença por impossibilidade. Nestes casos, o particular terá igualmente direito a ser indemnizado por inexecução da sentença, por aplicação do artigo 178.º do CPTA¹⁹².

Serão titulares de interesses legalmente protegidos os interessados, candidatos, concorrentes, tendo legitimidade processual em impugnar o ato de adjudicação durante o procedimento de contratação - mesmo que não venham a ser designado como o adjudicatário. Daí terem a legitimidade em impugnar o ato de adjudicação. No processo de impugnação de um ato de adjudicação ilegal, ainda que pela violação de regras formais ou procedimentais, o concorrente terá a legitimidade de ver cumprido a disciplina legal que rege o concurso, logo, à emissão de um ato válido, mesmo que esse mesmo ato não o venha a designar como o adjudicatário, não reincida nas ilegalidades procedimentais anteriormente cometidas. A partir do momento que se torna impossível obter a substituição do ato invalidamente praticado pelo ato válido, o interessado vê uma impossibilidade de satisfação do seu direito, surgindo um direito de indemnização, como positivado nos artigos 45.º, n.º 1 e 166.º, n.º1 do CPTA.

A observância da legalidade do procedimento é por si um bem imaterial¹⁹³, dá-se por *“adquirida a existência do dano, inerente à ofensa da situação objetiva do interessado, dirigida, à observância da legalidade do concurso”*¹⁹⁴, sendo a perda desse direito digno de ser indemnizado. A indemnização devida visa a compensar o lesado pela perda de oportunidade, caso esta exista, caso não exista o lesado terá sempre direito a mínimo indemnizatório pela impossibilidade de satisfação da pretensão por inexecução da sentença anulatória. Visa assim, compensar o sacrifício que lhe foi imposto seja por razões de interesse público ou impossibilidade absoluta. Apura-se através de um juízo de prognose póstuma, garantida a posição de resultado garantido. A indemnização visa reparar o dano causado pela inexecução da sentença anulatória, o lesado ficar privado da posição, de obter uma vantagem jurídica, que a Administração o deveria colocar. A indemnização deverá corresponder ao valor de perda patrimonial causada pela inexecução da sentença anulatória.

¹⁹² Neste sentido Mário Aroso de Almeida, Impossibilidade... op. cit., p. 9.

¹⁹³ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, Ilegalidades Pré-contratuais.... Op. cit., p. 677.

¹⁹⁴ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, Ilegalidades Pré-contratuais.... Op. cit., p. 677.

Questiona-se se não existe um excesso de zelo do autor, uma sobreproteção jurídica. Há que evitar que o lesado seja indemnizado duas vezes pelo mesmo prejuízo, violando o princípio da compensação na sua vertente de proibição do enriquecimento¹⁹⁵. Regemos-mos pela máxima que *“o Estado não pode querer prejudicar se não estiver disposto simultaneamente a compensar”*¹⁹⁶. Acrescentando que existem *“dois elementos indissociáveis: pelo poder de sacrificar e pelo dever de indemnizar”*¹⁹⁷, sendo assim *“o cumprimento do dever de indemnizar surge como um parâmetro de validade da atuação jurídica-pública e não como consequência de uma forma de responsabilidade”*¹⁹⁸.

10. Graduação da obtenção da adjudicação e o montante indemnizatório

Levanta-se a questão de como determinar o montante a prestar pela Administração na indemnização devida, caso as partes não cheguem a um acordo. Como já tivemos oportunidade de frisar, parece-nos claro, que o autor ao intentar a ação pretendeu obter uma determinada utilidade, que se perdeu a com o reconhecimento que não era possível extrair as consequências desejadas da sentença de anulação, e que, por esse facto, terá direito a ser indemnizado pela perda de utilidade da sentença.

A problemática cinge-se à volta da determinação do valor da indemnização devida que o particular será o credor. Merece especial atenção as disposições normativas do CPTA dos artigos 45.º, 45.ºA, 105.º, n.º 6 por um lado, e por outro o artigo 178.º, *“concretiza-se, precisamente, na circunstância de permitirem ultrapassar as dificuldades que, por estrita aplicação do regime de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposos, se colocariam a montante da questão da determinação do montante da indemnização devida”*¹⁹⁹. Ou seja, de forma a prestar uma tutela mais eficiente ao particular, o artigo 178.º permite uma compensação que não esteja dependente do rígido instituto da responsabilidade civil, evitando assim um *tudo ou nada* indemnizatório.

¹⁹⁵ Paulo Mota Pinto, Interesse Contratual Positivo... op. cit., p. 1099.

¹⁹⁶ Maria Lúcia Amaral, Responsabilidade... op. cit., p. 415.

¹⁹⁷ Pastor, Juan Afonso Santamaría, La Responsabilidad del Estado Legislador, p.120.

¹⁹⁸ Maria Lúcia Amaral, Responsabilidade... op. cit., p. 415.

¹⁹⁹ Mário Aroso de Almeida, Impossibilidade... op. cit., p. 10.

10.1 Não é possível demonstrar que o interessado teria sido o adjudicatário

É possível estabelecer uma graduação entre o mínimo garantido e o máximo garantido conforme o grau de probabilidade de obtenção da adjudicação. Assim, o conteúdo da indemnização deverá ter sempre um mínimo garantido, quando num concurso público um concorrente que não tem hipóteses de ser escolhido como o adjudicatário do procedimento concursal, tratando-se de um dever autónomo, e automático. Mesmo que se demonstre que caso a Administração tivesse procedido sem qualquer ilegalidade, o interessado não teria sido o adjudicatário, há um reconhecimento da autonomização do dano provocado pela inobservância das regras de concurso, e do facto de as regras já não poderem ser cumpridas, e assim, essa lesão pela impossibilidade de *reset*, por assim dizer, provocam um dano autónomo, digno de compensação. O interessado beneficiará, neste caso, de um mínimo garantido indemnizatório, relativo à *“reintegração do seu direito à observância da legalidade disciplinadora do procedimento de formação do contrato”*²⁰⁰.

Nos casos de responsabilidade por violação das regras de um concurso para a celebração do contrato existe um manifesto paralelo com a relevância jurídica dos casos de rutura de negociações, admitindo-se o ressarcimento do dano correspondente ao interesse contratual negativo, designadamente quanto às despesas de participação no concurso²⁰¹. Defende alguma doutrina que os custos como os da preparação da proposta, ou participação no concurso, são encargos que o interessado teria sempre de suportar, não são imputáveis à ilegalidade – *“a violação de deveres não é causal em relação a custos e despesas de participação no concurso que se teriam igualmente verificado sem ela”*²⁰² – a sua variação não determinará o valor da chance perdida. Discordamos desta posição, no sentido de a proposta foi preparada de acordo com o quadro normativo legal, caso na sequência de invalidades pré-contratuais, se torne impossível satisfazer o pedido do autor, nomeadamente de reapreciação da proposta, contudo, as ilegalidades cometidas impendem esse mesmo fim. Há uma responsabilidade objetiva da entidade adjudicantes pelas invalidades pré-contratuais, o risco de frustração da proposta corre por conta da entidade adjudicante. Estamos assim, perante uma indemnização objetiva, tendo em

²⁰⁰ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, *Ilegalidades Pré-contratuais....* Op. cit., p. 676.

²⁰¹ Neste sentido Paulo da Mota Pinto, em *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008, p. 1125-1142, 1350-1361).

²⁰² Paulo Mota Pinto, *Responsabilidade por...* op. cit., pp. 292 e 293.

conta os custos e despesas da preparação da proposta, valendo aqui o princípio de segurança jurídica.

A jurisprudência tem-se mostrado reticente, tendo até em alguns casos recusado qualquer direito a indemnização²⁰³. Recentemente o STA afirmou que *“ao contrário do que parece resultar duma leitura mais ligeira do que se dispõe no art.º 178.º/1 do CPTA, não é seguro que a anulação do ato e a impossibilidade de execução do julgado pela via da reconstituição natural determine, sempre e em qualquer caso, a atribuição de uma indemnização e isto porque o Exequente só tem direito a ser indemnizado quando seja certo ou, no mínimo, seja muito provável que a retoma do procedimento iria conduzir a que ele viesse a obter o benefício a que se candidatou”*²⁰⁴. No nosso entendimento, é de recusar esta orientação, pois visto que o interessado ficou impossibilitado de ver satisfeito o seu de direito pela inutilidade da sentença, há um direito automático de indemnização. A utilidade da sentença visava cumprir a legalidade, com a impugnação o autor pretendia repor a disciplina legal do procedimento, a perda dessa utilidade é que será digna de ser compensada. A negação da indemnização não será compatível com o princípio de tutela jurisdicional efetiva consagrado nos artigos 20.º, 205.º e 268.º, n.º 4 da CRP.

10.2 Possibilidade real de adjudicação

Uma questão que denota uma maior complexidade surge quando o interessado, obtém ou tem o direito a obter a anulação do ato de adjudicação, mas o contrato que foi objeto de adjudicação já se encontra celebrado e executado, mas em circunstâncias que não lhe permitem determinar com certezas que seria o interessado o justo adjudicatário. Uma *“possibilidade real”*, a demonstração por parte do concorrente não significa que tenha de provar que ele teria sido o adjudicatário, diz respeito sim, a uma situação intermédia onde não há uma certeza absoluta sobre a escolha do concorrente como adjudicativo, mas existem indicações que tal seria possível/expectável²⁰⁵.

²⁰³ Acórdãos do STA de 29 de setembro de 2004, P. n.º 1936/03; de 3 de março de 2005, P. n.º 41794-A; de 11 de outubro de 2005, P. n.º 46552; e de 4 de abril de 2006, p. n.º 77-B/02.

²⁰⁴ Acórdão do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03.

²⁰⁵ Acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 213/06.

Este tipo de dano a ser indenizado é reconhecido no Direito europeu, nomeadamente no artigo 2.º, n.º 7 da Diretiva 92/13/CEE²⁰⁶ – regime adaptado pelo o artigo 7.º, n.º 2 do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas – prevê a possibilidade real de obter a adjudicação do concurso, de forma a que a indemnização não seja meramente simbólica. A indemnização irá englobar a compensação pelos gastos de preparação da proposta ou mesmo da própria participação do concurso.

10.2.1. Direito de indemnização pelo artigo 7.º/2 RRCEE e Responsabilidade das entidades adjudicantes

Nos casos em que o particular tinha uma *possibilidade real* de ser escolhido como o adjudicatário, a pretensão do autor iria visar a retoma do procedimento contratual, em execução do julgado anulatório, e praticado um novo ato cumprindo a legalidade, e determinando o resultado do concurso – será essa a utilidade que deverá ser indemnizada, isto é, a perda de oportunidade. *“O que interessa, pois, é determinar como é que essa perda deve ser compensada. É apenas essa perda que está em causa, essa perda é que é o “dano real”, e está demonstrada. O que falta determinar é o “dano de cálculo”, isto é, “a expressão pecuniária de tal prejuízo”*²⁰⁷. Não está em causa diretamente o interesse contratual positivo, danos emergentes e lucros cessantes, mas sim *“uma indemnização pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado”*²⁰⁸.

A reparação do dano pela inexecução da sentença, pode depender do tipo de situação em causa. Quando o particular não tinha hipótese, *chance sérieuse*, de ser escolhido como adjudicatário, a utilidade da sentença seria o cumprimento da legalidade

²⁰⁶ Decorria do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 89/665/CEE que os “Estados-membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam: ... c) Conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação”, resultando ainda do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE que quando “uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”. Note-se que este regime normativo se mantém com a Diretiva 2007/66/CE não obstante as alterações introduzidas por este diploma.

²⁰⁷ Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das obrigações, 9.ª edição, 2009, p. 545.

²⁰⁸ Mário Aroso de Almeida, A anulação... op. cit., p. 821.

que rege o concurso – essa utilidade é que deverá ser indemnizada. Por sua vez, caso o interessado tenha uma “possibilidade real” de vir a ser escolhido como o adjudicatário – a utilidade da sentença baseia-se na pretensão de após a sentença de anulação do ato de adjudicação, com o retomar do concurso de o particular ser escolhido como o verdadeiro adjudicatário. Será essa utilidade, de probabilidade de ser escolhido como adjudicatário, que será compensada, distinguindo-se do primeiro caso, onde existe uma indemnização pela perda de utilidade do cumprimento da legalidade do procedimento concursal. Na distinção entre as indemnizações, a indemnização devida pela inexecução da sentença, e a indemnização pelos danos causados pelo ato ilegal – a jurisprudência tem vindo a entender que as indemnizações por perda de chance apenas se devem aplicar quando da compensação pelos danos do ato ilegal, através de uma ação autónoma de responsabilidade civil²⁰⁹.

O direito de indemnização, neste contexto, encontra as suas raízes na responsabilidade civil do estado. Vieira de Andrade²¹⁰ fala num conceito amplo, ou mesmo amplíssimo “*engloba todas as indemnizações devidas pelas entidades públicas, seja qual for a causa da indemnização*”. Num conceito mais rigoroso do autor “*situações em que a indemnização se destina a ressarcir ou a reparar danos causados pela atividade pública*” – exclui-se aqui os casos em que a indemnização surge como momento constitutivo do dever de atuação pública.

O princípio da responsabilidade das entidades adjudicantes é fundamentado pela jurisprudência europeia, caso *Francovich*, estabelecendo que o ato praticado pela entidade adjudicante não deverá violar uma norma que venha conferir direitos aos particulares, nem violar uma norma de direito da União de contratação pública. Na trave mestre legislativa portuguesa, o princípio da responsabilidade dos poderes públicos, artigo 22.º da CRP, apresenta uma dimensão subjetiva apesar da sua localização sistemática²¹¹. Segundo Rui Medeiros trata-se de “*um direito fundamental à reparação dos danos causados ilícita e culposamente pelo Estado ou demais entidades públicas*”.²¹² Assim,

²⁰⁹ Neste sentido os Acórdãos do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 15141-A/03, e do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 213/06.

²¹⁰ Vieira de Andrade, “Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos (III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de Octubre de 1992)*, 1999, pp. 40 a 43.

²¹¹ Neste sentido Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Coimbra, 2007, notas IV e VI ao artigo 22.º, pp. 426 a 429.

²¹² Rui Medeiros, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, p.121.

o dever de indemnizar nestas situações irá pressupor uma decisão que “*viole o direito comunitário em matérias de contratos públicos ou normas nacionais de transposição desse direito*”²¹³.

A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes encontra o seu fundamento no artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE, que por sua vez, veio consagrar a disposição da Diretiva 89/665/CEE – obrigação de indemnizar²¹⁴.

Na atribuição de uma indemnização perante uma atuação ilícita no procedimento contratual importa considerar a responsabilidade pré-contratual da Administração. Perante o ilícito praticado pelas entidades adjudicantes, durante o procedimento contratual, entramos no campo da responsabilidade civil das entidades públicas aproximando-se da figura da *culpa in contrahendo*²¹⁵ do artigo 227.º do Código Civil.

Diversamente do que a jurisprudência²¹⁶ já se pronunciou, e apesar de o CCP²¹⁷ não prevê diretamente uma compensação aquando da preterição ilícita de um concorrente – não há um princípio de limitação da indemnização²¹⁸, pelo menos pelo interesse contratual negativo. De uma omissão não devemos partir no sentido de haver uma limitação, antes pelo contrário²¹⁹. A exclusão de uma compensação por um determinado tipo de danos é sinónimo de uma restrição algo arbitrária, indo contra o escopo do princípio da responsabilização dos poderes públicos. Assim, não faz sentido restringir a compensação do particular quando se verifique a impossibilidade de satisfação do pedido a apenas a inexecução da sentença.

²¹³ Artigo 1.º, n.º 1, 3.º da Diretiva 89/665/CEE e da Diretiva 92/13/CEE.

²¹⁴ Neste sentido, os motivos da proposta de lei que refere: “*sendo provável que a Comissão Europeia venha a entender que, apesar da revogação do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, a consagração de uma presunção de culpa... não afasta completamente do novo quadro legal a necessidade de vir a demonstrar a culpa. Sentiu-se, assim, a necessidade de alinhar o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, no âmbito dos contratos de direito públicos inseridos no escopo das diretivas em questão, com o entendimento da Comissão Europeia nesta matéria, adotando-se uma redação idêntica à consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recursos em matérias de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimento*”.

²¹⁵ Sujeição da Administração à culpa *in contrahendo* no ano de 1979, Parecer n.º 138/79, de 20 de dezembro.

²¹⁶ Acórdão do TCA Sul de 28 de junho de 2012, P. n.º 06934/10.

²¹⁷ O CCP é omissivo em relação ao dever de indemnizar o concorrente ilicitamente preterido (isto, apesar da obrigação de indemnizar presente nos artigos 27.º, n.º 6, 76.º, n.º 1 e 3, e 105.º, n.º 3).

²¹⁸ Neste sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade das entidades adjudicantes in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 97, janeiro/fevereiro 2013, p. 14.

²¹⁹ No mesmo sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 14.

10.2.2 Quadro normativo aplicável

Na responsabilização das entidades adjudicantes por facto ilícito destaca-se a influência do Direito da União Europeia, nomeadamente o primado do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional. No conteúdo da indemnização pelo o concorrente ter sido ilicitamente releva uma análise sobre o problemático artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE. A responsabilidade por ato ilícito no âmbito do procedimento pré-contratual até recentemente não estava prevista no nosso ordenamento jurídico²²⁰.

O TJUE²²¹ declarou que os particulares lesados têm um direito a reparação, desde que estejam preenchidos três requisitos, a saber, que a norma do direito da União violada tenha por objeto conferir-lhes direitos, que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade direto entre essa violação e o dano sofrido pelos particulares²²². Uma violação suficientemente caracterizada pode definir-se como um *“grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do cumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adotadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais ao direito comunitário”*²²³. O TJUE deixou clara que *“a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do Direito Comunitário”*²²⁴.

²²⁰ O Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, tutelava a matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, era omissa em relação ao tema. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que regulava o regime jurídico da realização de despesas públicas e da contratação pública que tivessem como objeto aquisição de bens e serviços, e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que regulava a contratação pública que tivesse como objeto a contratação e execução de obras públicas eram igualmente omissos. Já neste século, o Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto, que indicava quais os procedimentos a seguir na contratação de empreitadas, fornecimentos e prestações de serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações eram, como a legislação anterior, era omissa a qualquer referência à responsabilidade por ato ilícito nos procedimentos pré-contratuais.”

²²¹ In Acórdão do TJUE de 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, P. C-46/93, n.º 51.

²²² (acórdãos de 19 de novembro de 1991, *Francovich e o.*, C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 35; de 5 de março de 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.ºs 31 e 51; e de 24 de março de 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, Colect., p. I-2119, n.ºs 19 e 20).

²²³ In Acórdão do TJUE de 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, P. C-46/93, n.º 56.

²²⁴ In Acórdão do TJUE de 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, P. C-46/93, n.º 87.

A Diretiva 89/665/CEE, do Conselho de 21 de dezembro de 1989 veio reconhecer a obrigação das entidades adjudicantes de atribuir indemnizações aos lesados – artigo n.º 2, n.º1, alínea c). A Diretiva 92/13/CEE, do Conselho de 25 de fevereiro de 1992 – considerou o direito de indemnização pelos custos suportados pelo concorrente preterido “*com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato*” – requerendo apenas o critério da ilicitude (objetiva) da conduta da Administração e da “*possibilidade real*” de ter sido escolhido como o adjudicatário. A limitação da indemnização em relação ao interesse contratual negativo, imposta pela Diretiva 92/12/CEE, não deve ser sinónimo de uma redução do âmbito da indemnização devida. No nosso entender, trata-se apenas do estabelecimento do patamar mínimo²²⁵ da indemnização.

O artigo 2.º, n.º 7 da Diretiva 92/13/CEE, refere que o direito de indemnização ficará dependente da demonstração da “*... possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação ...*”, sendo que o legislador europeu apenas se refere aos “sectores especiais” contém uma disposição que deverá considerar-se como aplicável a todos os procedimentos de contratação pública por entidades adjudicantes não inseridas naqueles sectores”.²²⁶

Acrescenta ainda que “*a possibilidade que é exigida é uma possibilidade “real” de obtenção da adjudicação e que, como tal, não se basta com uma possibilidade “hipotética” da obter, o que afasta necessariamente do preenchimento do requisito aquelas situações, nomeadamente, em que o lesado apresentou proposta que se mostra graduada/posicionada em lugar que o afaste claramente da vitória no concurso ou ainda cuja proposta não cumpra o caderno de encargos visto nestes casos estarmos em face duma possibilidade meramente hipotética e nunca real*”²²⁷.

²²⁵ Neste sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 16

²²⁶ Esperança Mealha em “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos” in: Revista Julgar n.º 5, p. 111; Paulo Mota Pinto em “Responsabilidade por violação das regras de concurso para celebração de um contrato” in: “Estudos da Contratação Pública - II”, p. 293 e 294, nota 49).

²²⁷ Acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 213/06.

10.2.3 O mal-amado artigo 7.º, n.º 2 RRCEE

O artigo 7.º, n.º 2 RRCEE – na sua primeira versão, era feita uma remissão para os termos gerais da responsabilidade civil da Administração, contudo após a sua revisão há uma remissão de acordo com as regras do direito europeu. A norma surge diretamente em resposta ao acórdão de 14 de outubro 2004 do Tribunal de Justiça da União Europeia²²⁸, que veio condenar²²⁹ o Estado português por incumprimento das obrigações presentes nos artigos 1.º, n.º1, e 2.º, n.º1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989 – devido à não revogação do Decreto-Lei n.º 48 051 de 21 de Novembro de 1967, que obrigava à necessidade de prova culpa do lesante para a existência do direito à indemnização. O artigo 7.º, n.º 2, apresenta apenas um conteúdo meramente remissivo, mesmo após a alteração posterior da Lei. A alteração consubstanciou-se de antes a remissão era feita para os termos gerais da responsabilidade civil da Administração, hoje é feita para as regras gerais do direito comunitário²³⁰. No entanto, apenas ficaram abrangidas os procedimentos adjudicatários públicos abrangidos pelo o artigo 100.º do CPTA, deixando muitas incertezas no nosso ordenamento jurídico. A presunção de culpa presente no artigo 10.º, n.º 2, RRCEE acabou por revelar-se insuficiente para assegurar a transposição da Diretiva Recursos²³¹. A

²²⁸ Processo C-275/03.

²²⁹ O TJUE veio condenar o Estado Português ao pagamento de uma sanção pecuniária diária de € 19.392, entendendo que a presunção de culpa leve presente no artigo 10.º, n.º2, do RRCEE, era manifestamente insuficiente no cumprimento das exigências do direito comunitário – Acórdão de 10.01.2008

²³⁰ *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas - Influência, omissão e desconformidade*, de Heloísa Oliveira, Monitora da FDUL: 6. Afigura-se como desadequada, para execução do acórdão proferido no processo n.º C-275/03, a remissão operada pelo artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, para todo o ordenamento comunitário, introduzindo insegurança na determinação do regime aplicável, em resultado da numerosa e complexa jurisprudência comunitária e do facto de os seus corolários serem diversificados e dispersos. Pelo contrário, impunha-se antes uma norma especial relativa ao regime geral que consagrasse a objetivação da culpa. 7. A operação hermenêutica implicará uma delimitação negativa das normas constantes do artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE face ao direito comunitário, e a aplicação direta, na medida do possível, do regime delineado nos vários acórdãos do TJUE. 8. A omissão, na norma especificamente criada para dar uma noção de ilicitude, da referência à violação de direito comunitário, é desconforme com o direito comunitário, especialmente quando, conjugada com o artigo 7.º, n.º 2, do RRCEE, que parece dar a entender, numa interpretação a contrario que a violação de direito comunitário só gerará responsabilidade por ato da função administrativa pelos danos daí resultantes em procedimentos pré-contratuais, visto que, na aceção do artigo 9.º, n.º 1, do RJRCEE uma acção ou omissão violadora de direito comunitário parece não ser ilícita. 9. No caso Köbler decidiu-se que também seriam aplicáveis, com as devidas adaptações, as determinações relativas à responsabilidade dos Estados por violação de direito comunitário formuladas noutros acórdãos anteriores quando são os órgãos jurisdicionais nacionais que o incumprem.

²³¹ Cf. Maria José Rangel de Mesquita, O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia, Almedina, 2009, pp. 51-53.

alteração legislativa do artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE acabou por ter a utilidade²³² que substituir a remissão para o artigo 10.º, n.º 2 que presumia culpa leve, ou seja, presunção de culpa teria de ser ilidida por prova em contrário, no termos gerais do artigo 344.º, n.º1 do Código Civil. Assim, não é exigida a prova de culpa da atuação da entidade adjudicante²³³ para o estabelecimento de uma indemnização. O dever de indemnizar resultante da Diretiva Recursos, existe independentemente de dolo ou culpa por parte da entidade adjudicante. Há uma noção alargada do ilícito, que acaba por ser preenchido pela mera violação do Direito da União Europeia da contratação pública ou das normas nacionais de transposição e é independentemente da culpa²³⁴.

Assiste-se uma responsabilização objetiva da entidade adjudicante, que independentemente da culpa correrá na obrigação de indemnizar o particular caso incorra na violação das regras do direito da União Europeia. Tal entendimento vai em sentido contrário, do requisito de culpa presente no artigo 10.º, n.º1 do RRCEE, que estabelece como requisito essencial a culpa, para o apuramento da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas. Até que ponto é que esta responsabilização objetiva não vai além da necessária tutela aos particulares? O limite parece encontrar-se na definição do ilícito que se reconduz na violação das diretivas comunitárias ou das normas legais que fizeram a devida transposição para o direito nacional.

10.3 Certeza da obtenção da adjudicação e o interesse contratual positivo

Quando exista uma certeza que o interessado deveria ter sido escolhido como adjudicatário, este terá o direito de ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, pelo que é nesses termos que deverá ser fixada a devida compensação²³⁵.

²³² No mesmo sentido Carlos Fernandes Cadilha, in Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado, Coimbra, 2008, p. 129.

²³³ Não exige uma atuação culposa, nem a *violação suficientemente caracterizada* estabelecida pela jurisprudência no caso *Francovich*.

²³⁴ Sobre o alargamento de fatores geradores de responsabilidade neste domínio cfr. Maria João Estorninho, “Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise”, in CJA, nº. 88, 2011, p.38.

²³⁵ Neste sentido o Acórdão do TCA Norte, de 4 de novembro de 2011, P. n.º 213/06.

O dano resultante do interesse contratual positivo corresponde ao benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada, isto é, a vantagem económica que se obteria com a execução do contrato, e que, em princípio, só será coberto, excecionalmente, quando a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio²³⁶. Recentemente o STA considerou que *“deverá cobrir o prejuízo daí decorrente, que abrange o lucro que deixou de auferir por não ter tido possibilidade de fornecer e montar o equipamento objeto do concurso que lhe devia ter sido adjudicado em sede de execução de sentença anulatória.”*²³⁷.

O interesse contratual positivo parece existir antes de mais, nas situações em que o concorrente que foi ilicitamente preterido do ato de adjudicação foi o único a apresentar-se em concurso, ainda nos casos em que havia uma pluralidade de concorrentes, mas estes deviam ter sido excluídos. Quando não haja dúvidas que o concorrente teria sido escolhido como adjudicatário, e teria celebrado e executado o contrato, a indemnização devida fundamenta-se pelo facto de o concorrente não ter obtido a utilidade pretendida, surgindo o dever de reparar o dano de o particular não poder ser o adjudicatário, e, por conseguinte, celebrar e executar o contrato. Reconhecemos assim, o direito a ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, pelo facto de não ter celebrado e executado o contrato²³⁸. Pode incluir-se quer o dano emergente (os custos incorridos na elaboração e apresentação da candidatura, que acabaram por se traduzir em despesas inúteis), quer o lucro cessante, entendido como correspondendo à perda de oportunidades alternativas ou a perda de celebração de outros negócios.

Paulo Mota Pinto considera que o conceito de interesse contratual positivo tem por guia o montante necessário para colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido regular e integralmente executado²³⁹. Neste sentido, o autor não deixa de reconhecer que, *“quando o prejuízo alegado decorre de o lesado não ter vencido o concurso (adjudicação ilícita a outro concorrente) ou de aquele ter sido*

²³⁶ Nestes precisos termos, Pires de Lima/Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. I, 4ª edição, Coimbra, p. 216. No mesmo sentido aponta, ao referir-se especificamente ao dano no âmbito da responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, ESPERANÇA MEALHA, Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, in *Julgar* n.º 5, p. 113.

²³⁷ Acórdão do STA de 16 de dezembro de 2015, P. 10999/14.

²³⁸ Neste sentido Mário Aroso de Almeida, Estudos em homenagem... op. cit., p. 673.

²³⁹ Paulo Mota Pinto, Interesse Contratual..., op. cit., pp. 866 e ss.

*ilegitimamente revogado (revogação ilícita)”, se suscita, realmente, “o problema das condições para a exigência, pelo lesado, de uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo, no que, pensamos, não é mais do que uma aplicação do critério (que vale para a medida da responsabilidade no caso de não conclusão do contrato em geral) da existência de um dever de conclusão”*²⁴⁰.

A jurisprudência tem tido uma posição mais conservadora²⁴¹, mas se não houver dúvidas que a entidade adjudicante deveria ter escolhido o concorrente como adjudicatário – não existir fundamento que oponha a adjudicação e celebração do contrato – teria sido com certeza o adjudicatário. O preenchimento destes rigorosos pressupostos de certeza, dão margem de entendimento favorável de aplicação do interesse contratual positivo, mesmo seguindo a doutrina mais rigorosa²⁴². Se a entidade estava vinculada a escolher como adjudicatário o concorrente em casos, e posteriormente celebrar o contrato, essa vinculação à adjudicação será sinónimo de um dever de indemnização pelo interesse contratual positivo. A impossibilidade de satisfação do pedido do autor ao impugnar o ato de adjudicação verifica-se com a frustração da utilidade pretendida de anular o ato de adjudicação e celebrar o contrato. A indemnização deve não deve ignorar essa utilidade pretendida, devendo o concorrente ser compensado de forma proporcional pela perda de utilidade, em não ser escolhido como adjudicatário, celebrar e executar o contrato²⁴³.

11. Perda de Chance

11.1 Introdução ao conceito

O recurso a utilização da figura da perda de chance merece especial atenção na temática de uma impossibilidade de satisfação do pedido do autor, nomeadamente determinação da chamada justa indemnização. A figura da perda de chance tem a sua

²⁴⁰ Paulo Mota Pinto, Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização)” in Estudos de Contratação Pública – II (organizado por Pedro Gonçalves), Coimbra, 2010, pp. 288-289.

²⁴¹ Nomeadamente nos Acórdãos do STA de 31 de outubro de 2006, P. n.º 875/05; de 7 de outubro de 2010, P. n.º 823/08; e de 22 de outubro de 2009, P. n.º, 557/08.

²⁴² Paulo Mota Pinto, Responsabilidade por violação de... op. cit., p. 288 e 289.

²⁴³ Neste sentido o Acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, P. n.º 47578-A, e o acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 213/06.

origem no mundo civilista²⁴⁴, de forma a conseguir estabelecer uma justa indemnização ao lesado. Foi desenvolvida primeiro, a partir do século XIX, em França, no famoso Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de julho de 1889, vindo dar resposta à problemática de perda da possibilidade de obtenção de um benefício.

Vera Eiró refere que a perda de chance *“é a resposta dada, nalguns ordenamentos jurídicos e fundada essencialmente no labor da doutrina e da jurisprudência, aos casos em que, por força de um especial contexto da prática do ato lesivo, não é possível afirmar que os danos verificados não teriam ocorrido não fora a ilegalidade praticada”*. Permite ultrapassar a velha máxima da responsabilidade civil do tudo ou nada em relação à compensação pelos danos sofridos. A perda de chance possibilita que o particular possa auferir uma indemnização *“mesmo quando não fique provado que o comportamento do lesante foi a causa adequada do resultado final. (...) Numa palavra, a «perda de chance» permite atribuir uma indemnização mesmo naqueles casos em que não é possível demonstrar a certeza do dano”*²⁴⁵.

Viera Gomes considera a perda de chance como um método de quantificação de dano, método de determinação do nexo de causalidade²⁴⁶. Defende que, em situações excecionais, o instituto da perda de chance existe no ordenamento administrativo, como por exemplo no caso do afastamento ilícito de um concurso. A impossibilidade de dar cumprimento à sentença anulatória é legitimadora da declaração da existência de uma causa legítima de inexecução, e implica genericamente a perda da possibilidade da reconstituição natural, o que, tem-se vindo a entender, constitui, por si só, um *dano real* que importará indemnizar. Por outras palavras, diz respeito a uma oportunidade real de vir a obter um ganho, *“é um bem cuja perda é indemnizável”*²⁴⁷. A perda de oportunidade é por si um dano²⁴⁸, havendo um nexo de causalidade entre o dano e a perda de utilidade da sentença, essa perda de utilidade traduz-se na execução da sentença.

²⁴⁴ Desenvolvida na resposta às perdas de chance resultantes de erros médicos, por exemplo.

²⁴⁵ Vera Eiró, “Responsabilidade civil extracontratual e danos de perda de chance” in: “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, Coordenação: Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ”, ICJP, dezembro de 2012.

²⁴⁶ Júlio Vieira Gomes, Sobre o dano de perda de chance, in *Direito e Justiça*, n.º 11, pp. 9-47.

²⁴⁷ Acórdãos do STA de 2 de junho de 2010, P. n.º 01541A/03; e de 20 de novembro de 2012, P. n.º 0949/12.

²⁴⁸ No mesmo sentido Alexandra Leitão, A proteção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública, 2002, p. 426.

A perda de chance é vista como perda de uma oportunidade real, razoável e séria de obter a vantagem substantiva pretendida pelo interessado que foi afetado pela ilicitude, é um dano atual²⁴⁹ e transforma problemas de prova da causalidade factual numa questão de avaliação do dano. Nils Jansen considera a perda de chance como a possibilidade de se ganhar um determinado benefício ou de se evitar um dano ou uma lesão²⁵⁰. Assim a perda de chance *“quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram”*²⁵¹.

11.2 Indemnização pela perda de chance

Carlos Fernandes Cadilha considera que a indemnização pela perda de chance corresponde à *“probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Com esse conteúdo, a “perda de chance” não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter”*²⁵².

A perda de chance acaba por ser outra peça do puzzle a ter em conta na determinação da perda da sentença e como deve ser compensada. *“Interessa, assim, determinar os termos em que essa perda deve ser compensada, ou seja, o “dano de cálculo” ou “expressão pecuniária de tal prejuízo”*²⁵³. Só assim se indemnizará adequadamente a destruição da posição jurídica de vantagem do particular lesado²⁵⁴. Há um direito de indemnização quando fique demonstrado, não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano

²⁴⁹ Cf. João Álvaro Dias, Dano Corporal, Almedina, 2001, págs. 250 ss.

²⁵⁰ Jansen, Nils. The Idea of a Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. XIX, 1999, p. 279: “Put simply, a chance is the possibility of gaining a certain benefit or avoiding a possible harm or injury. It constitutes a good and can be understood as the opposite to the concept of a risk, which constitutes an evil. A chance to avoid an injury mirrors the risk that this injury might materialize, and the chance to gain a benefit is mirrored by the risk of not obtaining it”.

²⁵¹ Acórdão do STJ de 10 de março de 2011, P. n.º 9195/03.

²⁵² Carlos Fernandes Cadilha in “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”, 2ª. ed., p. 99.

²⁵³ Cf. Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações... op. cit., p. 545, e os Acórdãos de 20 de janeiro de 2010, P. n.º 47.578; 2 de junho de 2010, P. n.º 1541-A/2003; de 2 de dezembro 2010.

²⁵⁴ Acórdão do TCA Norte de 26 de maio de 2017, P. n.º 00845/04.2BEBRG-B.

final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis. A indemnização devida é reconduzida, nestes termos, a uma indemnização por perda de chance, isto é, uma indemnização pela perda da situação jurídica em que o interessado se encontraria se fosse possível prosseguir a execução do julgado anulatório.

Para efeitos de indemnização de tal possibilidade ou oportunidade a mesma deve ter um valor atual e autónomo, suscetível de avaliação económica e que, em certos casos, pode e deve merecer a tutela do direito. *“É admitida a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, suscetível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir”*²⁵⁵. É de admitir a compensação pela perda de chance quando seja possível demonstrar *“não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis, permitindo indemnizar o lesado nos casos em que não se consegue provar/apurar que a perda duma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente, mas em que, de qualquer modo, há a constatação de que as probabilidades de que o lesado dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando as mesmas como sérias e reais”*²⁵⁶. Trata-se não de provar que tinha sido escolhido, mas sim a probabilidade de ter alcançado uma determinada vantagem, sendo que na perda de oportunidade propõe-se a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo eram sérias ou consideráveis (em Inglaterra²⁵⁷ como em Itália chegou a exigir-se o valor de mais de 50% de probabilidades)²⁵⁸.

Rui Cardona Ferreira, apresenta muitas dúvidas sobre o instituo, considerando como o pressuposto da perda de chance a probabilidade de obter a adjudicação, servindo apenas este como referência para modelar a relação de causalidade exigida e fundar a indemnização, não existindo um dano autonomamente indemnizável²⁵⁹. Ou seja, a perda

²⁵⁵ Acórdão de 30 de junho de 2014, P. n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1.

²⁵⁶ Acórdão do TCA Norte de 11 de outubro de 2013, P. n.º 01119/08.5BECBR.

²⁵⁷ Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Volume I, 9ª edição, 2015, p. 355.

²⁵⁸ Cf. Sentenças nº 686/2002, 1514/2007, 1114/2007 do Consiglio di Stato(21), o STA italiano e GUIDO CORSO, Manuale di Diritto Amministrativo, sexta edizione, Torino, 2013, p. 436.

²⁵⁹ Neste sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 23.

de chance, só por si não é um dano digno de ser indemnizado, contrariamente às despesas frustradas ou lucros cessantes. Acrescenta o autor que a noção de perda de chance na contratação pública terá sempre um escopo muito reduzido, reduzindo-se a sua aplicação *“apenas como critério para a aferição da causalidade em termos mais flexíveis que os normalmente exigidos, dependendo o direito a indemnização do grau de probabilidade da adjudicação e devendo a respetiva quantificação ter por base o montante dos lucros cessantes”*²⁶⁰.

11.2.1 Perde de chance na contratação pública

A problemática da perda de chance tem sido considerada na contratação pública, onde os concorrentes partem do mesmo ponto de partida, com as mesmas oportunidades, gera uma maior complexidade sobre em caso de ilegalidade, qual a resposta para cada concorrente consoante cada proposta no caso da perda de sentença.

Merece especial atenção o Acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, P. n.º 00213/06.1BELLE, já previamente referenciado na doutrina, relativo a uma ação administrativa comum proposta no seguimento da anulação de um ato de adjudicação de um contrato de fornecimento. A jurisprudência veio neste acórdão, pela primeira vez, dar azo à utilização da figura da perda de chance, enquadrada na responsabilidade civil. Nesta ação o autor não peticionou, em sede de execução da sentença, o pagamento de uma indemnização por causa legítima de inexecução. Esta poderia ter sido uma opção tomada, visto que o contrato em causa já tinha sido celebrado e executado. Invés, o autor decidiu intentar uma ação comum em que requeria a compensação pelos danos causados pelo ato inicialmente ilícito que levaram a uma exclusão ilícita do procedimento em questão.

O tribunal teve o mérito de se auxiliar do Direito Europeu, nomeadamente das Diretivas Recursos, de forma a responder ao pedido do autor. Em particular, o TCA entendeu que o artigo 2.º, n.º 7 da diretiva 92/13/CE, veio estabelecer uma regra sobre o nexo de causalidade presente na contratação pública europeia, o qual seria suficiente para garantir a existência do interesse contratual positivo, com a possibilidade real de adjudicação²⁶¹. A jurisprudência veio assim dar os primeiros passos no reconhecimento

²⁶⁰ Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 23.

²⁶¹ Refere o acórdão que *“aceite que na definição da medida do dano indemnizável no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual se deve fazer apelo e aplicação das regras gerais da responsabilidade civil*

que o Direito da União Europeia estabelece “uma nova forma de ponderar o nexo de causalidade que se basta com a existência de uma possibilidade real de ser atribuído o contrato ao autor”²⁶². O nexo de causalidade entre o ato ilícito de adjudicação, e posição do autor estava definida, assim tinha uma possibilidade real de ser escolhido como adjudicatário. “Demonstrado pelo lesado o nexo de causalidade entre a adjudicação ilícita/ilegal e o prejuízo relacionado com o lucro que o mesmo obteria com a execução/outorga do contrato julga-se assistir ao mesmo o direito a ser indemnizado pela quantia peticionada aquele título e referente ao benefício económico que para o mesmo derivaria da adjudicação e execução do contrato”. Esta decisão, foi pioneira, mas não unanime²⁶³ na jurisprudência.

11.2.2 Perda da sentença ou perda de chance

A equação da perda de chance aquando da perda da sentença tem sido igualmente utilizada pela jurisprudência²⁶⁴. Ora, a figura da perda de chance é diferente da perda de sentença, os seus conceitos não se confundem, apesar de serem utilizados de forma a preencher o pressuposto do dano e do nexo de causalidade em sede de responsabilidade²⁶⁵.

A jurisprudência tem vindo a mostrar abertura à aplicação da figura da perda de chance. No acórdão do STA de 29 de novembro de 2005, P. n.º 041321^a, o tribunal veio pela primeira vez reconhecer que a perda da execução da sentença anulatória de um ato de adjudicação originada um dano autónomo. “O afastamento ilegal de um candidato de um concurso, com perda da oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, é uma vantagem cuja perda é indemnizável e que, não podendo ser quantificável com exatidão,

(artigos 562.º e ss. do Código Civil) e que as denominadas “Diretivas-recursos” não excluem a ressarcibilidade de qualquer tipo de danos [cf. artigos 02.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 89/665/CEE e 02.º, n.ºs 1, al. d) e 7 da Diretiva 92/13/CEE] afigura-se-nos que a indemnização a arbitrar numa situação como a vertente pode e deve abranger quer os danos emergentes como os lucros cessantes e isso independentemente destes respeitarem a um interesse contratual negativo ou positivo.”

²⁶² Vera Eiró, A perda de chance na responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, in Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, ICJP, 2012, p. 60.

²⁶³ Ver o Acórdão do TCA Sul, de 28 de junho de 2012, P. n.º 06934/10, que seguiu um entendimento oposto, considerando que as Diretivas Recursos não estabeleceram qualquer princípio referente à ponderação do dano e do nexo de causalidade.

²⁶⁴ Mais recentemente os acórdãos do TCA Norte: de 18 de março de 2016, P. n.º 2567/07.3BEPRT-A; de 8 de abril de 2016, P. n.º 01214/06.5BEBRG-A; e do TCA Sul, de 16 de junho de 2016, P. n.º 13044/16.

²⁶⁵ Neste sentido Vera Eiró, Quanto vale... op. cit., p. 834. Ver ainda o Acórdão do STJ de 18 de maio de 2006, P. n.º 923/06.

*deverá ser fixada com recurso à equidade, nos termos do artigo 566.º, n.º 3, do C. Civil, tendo como referentes a vantagem económica final que poderia ter sido obtida e a probabilidade que o lesado teria de a alcançar*²⁶⁶. O dano autónomo resultante da inexecução da sentença, apesar de reconhecido como real, é difícil de ser liquidado. Perante esta dificuldade, os tribunais têm seguido um juízo de equidade – aplicação do critério do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil para o cálculo da indemnização devida²⁶⁷. Assim, a perda de oportunidade é vista como um dano autónomo que resulta da inexecução da sentença. Não está aqui em causa apurar os lucros cessantes ou danos emergentes do ato inválido, mas sim um juízo equitativo.

Estas decisões referem a perda de utilidade da sentença, e não o dano causado pelo o ato inicialmente ilícito, aplicam uma figura próxima da perda de chance associada à responsabilidade civil, que esta probabilidade de ocorrência de um dano final produzido pelo ato inicialmente posto em causa. *“Na execução de julgado anulatório a indemnização pela impossibilidade absoluta de executar a sentença exequenda configura caso de indemnização por perda de chance, e, sendo assim, no presente caso o dano sofrido corresponderia à perda de oportunidade do exequente ser nomeado para o cargo posto a concurso”*²⁶⁸.

De criticar a posição simplista da jurisprudência que se tem sustentado neste argumento pois, por vezes a fundamentação dos acórdãos tem sido insuficiente, pouco clara e o próprio preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil não chegam a ser preenchidos. A aplicação do critério de equidade, não é por si um conceito distante da indemnização devida pela perda de utilidade da sentença. Contudo, deve-se ter em conta o dano da perda da sentença, dano que por si só é um dano autónomo. Assim, *“a avaliação equitativa do dano exige a prova de existência de um dano, já que a incerteza deve estar limitada à determinação da sua grandeza”*²⁶⁹.

²⁶⁶ Cf. Acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, P. nº 41321-A; e de 25 fevereiro de 2009, P. nº. 47472-A).

²⁶⁷ Cf. Acórdão do STA de 30 de setembro de 2009, Processo nº 0634/09; Acórdão do STA de 20-1-2010, Processo nº 047578ª (10); Acórdão do STA de 8-2-2011, Processo nº 0891/10; Acórdão do STA de 20-11-2012, Processo nº 0949/12(11).

²⁶⁸ Acórdão do TCA Norte de 13 de janeiro de 2013, Proc. n.º 00073/05.0BEMDL-A.

²⁶⁹ Júlio Vieira Gomes, Sobre o dano... op. cit., p. 12.

11.2.3 Graduação do tipo de indemnização possível a auferir face à perda de chance

A noção de indemnização pela perda de chance é sinónimo de indemnizações de carácter mais reduzido. Contudo, é de assinalar que *“o recurso a uma noção de indemnização pela perda de chance ou de oportunidade, e a inerente atribuição de indemnizações de montante mais reduzido, não pode prejudicar os direitos dos concorrentes que, segundo as regras gerais da responsabilidade civil e os padrões de causalidade normalmente exigidos, devam ser indemnizados pela totalidade dos lucros cessantes”*. Assim, a indemnização por perda de chance tem carácter residual ou subsidiário, pois *“apenas nos casos em que seja impossível reconstituir, com a desejável certeza, qual a posição que seria alcançada pelo concorrente preterido, não fora o ilícito praticado, está aberto o caminho à indemnização segundo a teoria da perda de chance”*²⁷⁰.

Na jurisprudência tem vindo a desenvolver uma corrente que entende que *“(i) afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável e que (ii) não podendo ser efetuada com exatidão a quantificação desta perda, é de fixar a indemnização através de um juízo de equidade, em sintonia com o preceituado no n.º 3 do artigo 566.º do C. Civil, tendo como limite máximo os danos invocados pelo requerente”*²⁷¹.

Admite-se a hipótese de diferentes concorrentes terem direito a indemnizações, sem que tal viole o princípio da igualdade, pois a perda de oportunidade não vale o mesmo para todos. Somos a favor do entendimento que o concorrente lesado possa vir a ser indemnizado pela totalidade dos danos sofridos²⁷², incluindo os lucros cessantes, em casos mais extremos, onde não restem dúvidas que o concorrente ilicitamente preterido teria sido escolhido como o real adjudicatário, tendo celebrado e executado o particular contrato. Por exemplo, casos em que só existia um concorrente, ou casos em que havia uma multiplicidade de concorrentes, mas estes deveriam ter sido excluídos, como ainda situações de uma revogação ilegal de um ato de adjudicação, e ainda situações em que

²⁷⁰ Rui Cardona Ferreira, Responsabilidade pré-contratual... op. cit., p. 130.

²⁷¹ Cf. Acórdãos do STA de 20 de novembro de 2005, P. n.º 41321-A; de 1 de outubro de 2008, P.º n.º 42003/97-12A.

²⁷² Neste sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 22.

tendo em conta o modelo de avaliação do concurso, seria possível identificar qual o concorrente que deveria ter escolhido como o adjudicatário.

Nos casos em que não é possível reconstituir com certeza qual seria o resultado do concurso, caso o ato ilícito não tivesse sido praticado, assiste-se a abertura da indemnização por perda de chance. Defendemos o entendimento de um carácter subsidiário da perda de chance, e não principal a atribuir ao lesado. Entendimento contrário tem seguido a jurisprudência, deixando de lado a indemnização das despesas da apresentação de proposta, e de participação no concurso, ou pelos lucros cessantes. Neste sentido Rui Cardona Ferreira afirma que *“tal orientação não constitui, para os concorrentes ilicitamente preteridos, mais que uma vitória de Pirro, tendo em conta a margem de subjetividade inerente à quantificação do dano segundo a equidade e o baixo valor das indemnizações habitualmente arbitradas”*²⁷³. Inversamente, o autor apresenta como referência a posição do legislador alemão Artigo 126 GWB: *“Se a entidade adjudicante infringir uma norma que tenha como escopo a proteção de concorrentes, e se o concorrente em causa tivesse tido, sem a ocorrência dessa infração, uma verdadeira chance de obter a adjudicação, que, em resultado da infração, tenha sido afetada, o concorrente pode exigir, uma indemnização pelos custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatário. Outros direitos de indemnização não são prejudicados”*. O legislador alemão veio assim fazer uma transposição mais apurada da Diretiva 92/13/CEE, alargando a sua aplicação a todos os setores da contratação pública²⁷⁴. A indemnização prevista no 126 GWB, abrange os custos de preparação da proposta ou de participação no procedimento adjudicatário – interesse contratual negativo, estabelecendo assim um patamar mínimo da compensação a atribuir ao lesado.

A indemnização a atribuir pela perda de chance visa predominantemente compensar a inexecução, atenta a necessária equidade, justiça e proporcionalidade, em conformidade com a factualidade dada como provada. A indemnização pela perda de chance e a inerente atribuição de indemnizações de montante mais reduzido, não pode prejudicar os direitos dos concorrentes que, segundo as regras gerais da responsabilidade civil e os padrões de causalidade normalmente exigidos, devam ser

²⁷³ Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 23.

²⁷⁴ Neste sentido Rui Cardona Ferreira, A responsabilidade... op. cit., p. 23.

indemnizados pela totalidade dos lucros cessantes. Desta forma, defendemos o carácter subsidiário da aplicação do *perde chance*.

A jurisprudência tem apresentado de uma linha de pensamento²⁷⁵ que a perda da sentença origina um dano autónomo, dano autónomo esse que não se origina no ato inicialmente ilícito, mas sim na inexecução da sentença. São várias as decisões da jurisprudência²⁷⁶ que se auxiliam da figura da perda de chance aquando da ponderação da indemnização devida – contudo, denota-se a uma utilização superficial e pouco coerente. A aplicação da perda de chance, neste momento, ainda denota uma grande imprecisão sobre a localização dos problemas e sobre a sua rigorosa delimitação. O recurso à perda de chance na jurisprudência administrativa não passa de um mero atalho, e não de uma verdadeira solução, para tentar resolver a problemática do montante justo da indemnização devida.

²⁷⁵ Veja-se o Acórdão do TCA Norte de 13 de janeiro de 2012, P. n.º 0073/05.0, e o Acórdão do STA de 20 de novembro de 2012, já anteriormente referido.

²⁷⁶ O Acórdão do STA de 29 de novembro de 2005, foi o primeiro na jurisprudência administrativa a afirmar claramente que a perda da execução da sentença de uma decisão anulatória de um ato de adjudicação de um concurso público resulta num dano autónomo.

Conclusões

1. Nos pontos iniciais desta dissertação fizemos uma abordagem sobre a problemática das causas legítimas de inexecução, sendo estas consideradas como situações excepcionais, as quais tornam lícita a inexecução de uma sentença pelos tribunais administrativos, gerando uma contrapartida para a Administração que se materializa através de um dever objetivo de indemnização.

2. As causas legítimas de inexecução têm vindo a evoluir, tal como a sua compensação no ordenamento administrativo. Inicialmente, por força do contexto político da ditadura militar, verificava-se um forte desequilíbrio de poder entre a Administração e o particular, manifestando-se na impossibilidade de concretização de uma sentença com um conteúdo desfavorável ao Governo.

3. O Decreto-Lei n.º 256-A/77 de 17 de junho foi um marco histórico, vindo a reconhecer o desenvolvimento doutrinal, estabelecendo o conceito das causas legítimas de inexecução, com a tipificação, nomeadamente, a impossibilidade absoluta e o grave prejuízo para o interesse público. Com a positivação do CPTA, o artigo 163.º, foi o sucessor, mantendo a orientação tradicional da tipificação. Na última alteração do Código, o legislador passou a falar num “excepcional prejuízo” subsistindo a denominação “grave prejuízo”, acentuando o escopo reduzido da expressão para apenas situações-limite que justifiquem a inexecução da sentença.

4. Os danos graves financeiros estão fora do escopo do excepcional prejuízo para o interesse público está o dever de um pagamento pecuniário, pois as causas legítimas são sempre situações excepcionais, e sob pena dessa efetivação do Estado de Direito vir a sucumbir perante as pontuais dificuldades das contas públicas.

5. A modificação objetiva de instância, prevista nos artigos 45.º e 102.º, n.º 6 do CPTA, vem dar a possibilidade ao juiz de conhecer, de forma antecipada, a causa legítima de inexecução. Visa oferecer uma maior tutela ao particular, tendo em conta a excessiva demora dos processos judiciais, otimizando o pedido do autor, possibilitando a fixação da indemnização que, em eventual sede de execução, estaria sempre garantida.

6. Com uma maior densidade do princípio da obediência e prevalência das sentenças através do reconhecimento da existência de causas legítimas de inexecução de sentença,

houve uma resposta à exigência de uma maior tutela jurisdicional efetiva dos interesses dos particulares, colmatando a morosidade dos processos judiciais.

7. Concluímos que com a dispensa do dever de executar da Administração, surge um novo dever automático de indemnização, tratando-se de uma responsabilização objetiva da Administração. O tipo de indemnização a prestar, nomeadamente a indemnização devida pela inexecução, vem reconhecer que o facto da inexecução consubstancia em si, um dano autónomo que carece de indemnização.

8. A existência do dever de indemnizar neste contexto, foi desde cedo defendido sob pena de se negar o Estado de Direito. A compensação a prestar corresponderá a um mínimo constitucionalmente suportável de tutela jurisdicional em sede executiva.

9. Existem dois tipos de indemnizações: a indemnização pela perda de sentença, e a indemnização pelo ato ilícito. Estas duas indemnizações têm pressupostos diferentes, enquanto que a compensação pela perda de sentença, está num parâmetro objetivo de responsabilização; a indemnização pelo ato ilícito, por sua vez, está situada no campo da responsabilidade civil e está dependente do preenchimento dos pressupostos deste instituto.

10. Há assim, um reconhecido do direito de indemnização pelo facto da inexecução como um dano autónomo, abrindo a porta a uma a cumulação do pedido das duas indemnizações, nomeadamente, no artigo 45.º do CPTA. Contudo, apesar de possível, não nos parece ser o caminho mais adequado, pois no caso de não serem preenchidos os requisitos da responsabilidade por ato ilícito, o particular poderá ficar sem qualquer tipo de compensação, como veio já demonstrar alguma jurisprudência.

11. A obrigação de indemnização encontra o seu fundamento constitucional nos artigos 20.º, 205.º e 268.º, n.º 4 da CRP, relativo ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, do princípio da justa repartição dos encargos públicos, num sentido amplo de responsabilidade do Estado, o privilégio da execução prévia, e numa figura semelhante ao instituto da expropriação nas situações em que exista um excecional prejuízo para o interesse público.

12. A responsabilização objetiva da Administração baseia-se na uma transferência de risco para a Administração pela obrigação atestada pelo título executivo servindo como uma espécie de contra moeda do privilégio de execução.

13. Numa lógica semelhante ao instituto da expropriação, o particular sofre um sacrifício especial devia a um excecional prejuízo para o interesse público. Falamos numa expropriação em sentido amplo, pois em ambas as situações o direito sacrificado é compensado pelo pagamento de uma indemnização

14. As partes têm a liberdade de acordarem o montante da indemnização entre si, não existindo, no entanto, uma dispensa de uma pronúncia formal do tribunal sobre a sentença, devendo o tribunal condenar a entidade demandada ao pagamento de uma indemnização.

15. No apuramento do montante da indemnização, deverão ser considerados como fatores: o princípio da igualdade, custos da proposta, e a probabilidade de obtenção da adjudicação. A jurisprudência, nos casos em que não se consegue precisar com exatidão a quantificação da perda do particular pela inexecução da sentença, considera que a indemnização deverá ser determinada através de um juízo de equidade, de harmonia com o disposto no artigo 566º n.º 3 do Código Civil.

16. No âmbito das relações pré-contratuais dos procedimentos concursais, nomeadamente, qual a compensação a prestar quando exista impossibilidade de satisfação do concorrente ilicitamente afastado, o *quantum* indemnizatório irá variar consoante a probabilidade de obtenção da adjudicação.

17. Na graduação da probabilidade de obtenção da adjudicação: quando o concorrente não hipóteses ser escolhido, apenas será ter direito a um mínimo indemnizatório pelo facto da inexecução de sentença; quando seja reconhecido com certeza que o concorrente teria sido escolhido como o adjudicatário, terá direito a ser indemnizado pelo o interesse contratual positivo; e por fim, nas situações intermédias, onde exista uma possibilidade real (*chance sérieuse*) do concorrente obter a adjudicação há ponderação da influência do direito europeu no ressarcimento do particular, em especial as Diretivas Recursos, e a disposição da obrigação de indemnizar pelas entidades adjudicantes, estabelecida no artigo 7.º, n.º 2 do RRCEE.

18. A perfusão da figura da perda de chance no ordenamento administrativo, releva-se especialmente complexo na ponderação da indemnização do concorrente ilicitamente excluído. É de estranhar a aplicação da perda de chance, figura que tipicamente se

enquadra na responsabilidade civil, na indemnização devida como solução primária, tendo em conta a dificuldade na determinação da causalidade adequada.

19. A aplicação da perda de chance como carácter subsidiário, e não principal a atribuir ao lesado, parece-nos o mais adequado para uma compensação devidamente adequada, através dos critérios de equidade do artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil.

20. Fica assim, como estrela polar da dissertação, a procura de uma solução justa que ofereça uma garantia tutelar adequada a tutela ao particular, tomando como ponto de referência um equilíbrio mais adequado nas relações Administração – particular, principalmente quanto ao carácter indemnizatório pela perda da sentença.

Bibliografia

Alessi, Renato, Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano, 3.^a edição, Milão, 1970.

Almeida, Mário Aroso de, A execução das sentenças dos tribunais administrativos no pensamento de Diogo Freitas do Amaral, In: Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2010.

Almeida, Mário Aroso de, Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes, 2.^a Edição, Almedina, 2002.

Almeida, Mário Aroso de, Manual de Processo Administrativo, Almedina, Coimbra, 2.^a Edição, 2016.

Almeida, Mário Aroso de, "Renovação do ato anulado e causa legítima de inexecução: revisitação do tema", in Cadernos de Justiça Administrativa nº 73, pp. 23 segs.

Almeida, Mário Aroso de "Artigo 100.º, n.º 2, do CPTA: mera faculdade ou ónus de impugnação?", in Cadernos de Justiça Administrativa nº 90, pp. 45 segs.

Almeida, Mário Aroso de "Impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida: aproximação ao tema", in Cadernos de Justiça Administrativa nº 83, pp. 3 segs.

Almeida, Mário Aroso de "Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida", in Cadernos de Justiça Administrativa nº 98, pp. 14 segs.

Almeida, Mário Aroso de/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 4.^a edição, 2017.

Amaral, Maria Lúcia, A Responsabilidade do Estado e o Dever de Indemnizar do Legislador, Coimbra Editora, 1998.

Andrade, José Carlos Vieira de, A Justiça Administrativa, 16.^a Edição, Almedina, 2017.

Andrade, José Carlos Vieira de, "Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal", in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes

Públicos (III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de Octubre de 1992), 1999.

Antunes Varela, João de Matos, Das Obrigações em Geral, vol. I, 9.^a edição, Coimbra, 1996

Arrowsmith, Sue – Civil Liability and Public Authorities, Londres, 1992.

Avanzini, Guilia – Responsabilità Civile e procedimento Amministrativo, Pádua, 2007.

Barra, Tiago Viana, «Responsabilidade Civil Administrativa do Estado» in Revista da Ordem dos Advogados, A. 71, n.º. 1, 2011.

Barroso, Ivo Miguel, “Ilegalidade e Ilícitude no âmbito da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração”, in Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo, 2005.

Cabral, Margarida Olazabal, Habilitação v. qualificação e as consequências da exigência de requisitos ilegais (artigo 51.º CCP), in Justiça Administrativa n.º 109, janeiro/fevereiro, 2015.

Cabral, Margarida Olazabal, O Concurso Público nos Contratos Administrativos, Coimbra, 1997.

Cadilha, Carlos Fernandes, Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado, Coimbra, 2008.

Caetano, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. I, Coimbra, 10^a edição, 3^a. Reimpressão, 1980.

Caetano, Marcello, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 2^a edição, 2003.

Caetano, Marcello, «Responsabilidade da Administração», in O Direito, 95, ano XCV, Lisboa, 1963.

Caetano, Marcello, Tratado elementar de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1943.

Canotilho, José Joaquim Gomes, «Responsabilidade Civil do Estado por Danos Decorrentes do não Exercício Culposos da Função Legislativa – anotação ao acórdão de 07 de Maio de 2002», Revista de Legislação e Jurisprudência, A. 134 n.ºs. 3927 e 3928, Coimbra, 2001.

Casalta Nabais, José, Direito Fiscal, Almedina, 8.^a edição, 2015.

Chartier, Yves, In La Réparation du Préjudice dans Responsabilité di Chance, Paris, 1983.

Coelho, Francisco Manuel Pereira, O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil (suplemento ao BDFUC), Coimbra, 1950.

Correia, Cecília Anacoreta, A Tutela Executiva dos Particulares no Código de Processo nos Tribunais , Almedina, 2013.

Correia, Cecília Anacoreta, O processo executivo no novo CPTA- considerações gerais, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2007.

Correia, Sérvulo, A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito administrativo”, in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra, 2009.

Correia, Sérvulo, Legalidade E Autonomia Contratual Nos Contratos Administrativos, Coimbra: Almedina, 1987.

Costa, Mário Júlio de Almeida, Direito das obrigações, 9.^a edição, 2009.

Dias, Figueiredo e Sinde Monteiro, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, janeiro de 1984.

Dias, João Álvaro, Dano Corporal, Almedina, 2001.

Diniz, Bernardo de Ayala, O (Défice) Controlo Judicial da Margem Livre Decisão Administrativa, Lisboa, 1995.

Eiró, Vera, Quanto vale uma sentença? Notas sobre a aplicação do art. 102.º, n.º5 do CPTA”, in Estudos Comemorativos dos 10anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2008.

Eiró, Vera, A perda de chance na responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, in Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, ICJP, 2012,

Eiró, Vera, “Responsabilidade civil extracontratual e danos de perda de chance” in: “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, Coordenação: Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ICJP, dezembro de 2012.

Estorninho, Maria João, “Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise”, in Caderno de Justiça Administrativa, n.º 88, 2011.

Fernandes, José Pedro e Afonso Rodrigues Queiró, “Abstenção”, in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Lisboa, 1990

Ferreira, Rui Cardona, A responsabilidade das entidades adjudicantes in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 97, janeiro/fevereiro 2013.

Ferreira, Rui Cardona, Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública), Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011.

Ferreira, Rui Cardona, Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance, CEJ, Ebook, 2004.

Franco, José Melo, e Martins, Herlander Antunes, in “Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos”, Coimbra, Almedina, 1983, 3ª. Edição, 2ª. reimp. 1995.

Follieri, Enrico, Risarcimento dei danno per lesioni di interessi legittimi, Chieti, 1984.

Fonseca, Isabel Celeste Monteiro, Introdução ao estudo sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo, Almedina, 2002.

Font I Llovet, Tomás, La ejecución de las sentencias contentencioso-administrativas, Madrid, 1985.

Freitas do Amaral, Diogo, A execução das sentenças dos tribunais administrativos, 2.ª edição, Almedina, 1997.

Freitas do Amaral, Diogo, Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Mário Aroso de Almeida (“Anulação contenciosa de atos administrativos e relações jurídicas daí emergentes”), in Themis, Ano II, n.º 3, 2001.

Freitas do Amaral, Diogo, in AAVV, Intervenção no Colóquio sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Trabalhos Preparatórios da Reforma, Ministério da Justiça – Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Lisboa, Coimbra Editora, 2002.

Freitas do Amaral, Diogo, Curso de Direito Administrativo, vol. II, Coimbra, Almedina, 2.ª Edição, 2004.

Freitas do Amaral, Diogo e Mário Aroso de Almeida, “Grandes Linhas da reforma do contencioso administrativo”, Reimpressão da 3.^a Edição de junho de 2004.

Freitas do Amaral, Diogo/Carlos Ferreira de Almeida/Marta Tavares de Almeida. - Coord. - Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. II, Almedina, 2008.

Garcia, Maria da Glória, A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas, Conselho Económico e Social, Série Estudos e Documentos, Lisboa, 1997.

Garcia, Maria da Glória, “A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas”, in AAVV Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, organizado por Fausto de Quadros, Coimbra, 2.^a edição, 2004.

Gianinni, Massimo Severo, La Giustizia amministrativa, Roma, 1966.

Gomes Canotilho, José, Direito Constitucional e a Teoria da Constituição, 3.^a edição, Coimbra, 1999.

Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.^a edição, Coimbra, 2007.

Gomes, Carla Amado, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 151 e ss.

Gomes, Carla Amado, A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente. Em especial, os Actos Autorizativos Ambientais, Coimbra, 2000.

Gomes, Carla Amado, *Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, 388.

Gomes, Carla Amado/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA , 2.^a edição, AAFDL Editora, 2016.

Gomes, Carla Amado/Miguel Assis Raimundo. - Coord., Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas , Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

Gomes, Júlio Vieira, Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade por perda de chance, in *Cadernos de Direito Privado – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado* (“Responsabilidade Civil”), dezembro de 2012

Gomes, Júlio Vieira, “Sobre o dano e a perda de chance”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, Tomo II, 2005.

Gonçalves, Pedro, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, 2009, 90.

Guelfucci-Thibierge, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris 1992.

Heidenhain, Martin, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichen Eingriff*, Berlim, 1965, p. 131.

Jansen, Niels, “The ideia of a lost chance”, in *OLS Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. XIX, p. 271-296.

Jhering, Rudolf von, *Culpa in Contrahendo, Ou Indeminização em Contratos Nulos Ou Não Chegados à perfeição* (tradução original em alemão por Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2008.

Leitão, Alexandra, *A proteção judicial de terceiros nos contratos da administração pública*, Coimbra, 2002.

Leitão, Alexandra, Da natureza jurídica dos atos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 25, 2001.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações*, vol. I, 8ª ed., Almedina, 2009.

Long, Marceau/Prosper Weil/Guy Braibant/Pierre Delvolvé/Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10.ª edição, Paris : Sirey, 1993, pp. 238 ss.

Maças, Maria Fernanda, A suspensão judicial da eficácia dos atos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efetiva, *Studia Iuridica*, 22, Coimbra Editora, 1996.

Machete, Pedro, “Processo Executivo”, in Temas e Problemas de Processo Administrativo-Intervenções do Curso de pós-graduação sobre o Processo Administrativo (e-book), ICJP, Lisboa, 2010.

Machete, Rui Chancerelle de, “Execução de sentenças administrativas”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 32, julho/agosto 2002.

Marques, Francisco Paes, A Efetividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo, Almedina, 2007.

Marques, Francisco Paes, As Relações Jurídica Administrativas Multipolares, Almedina, 2011.

Marques, Francisco Paes, O estatuto processual dos contra-interessados nas ações impugnatórias e de condenação à prática de ato administrativo, in Cadernos de justiça administrativa, n.º 124, 2017.

Martín, Fernández José M., The EC Public Procurement Rules – A Critical Analysis, 1996, p. 18.

Martins, Ana Gouveia, A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo, Coimbra Editora, 2005.

Mathieu, Bertrand, Les validations Legislatives, Paris, 1987.

Mealha, Esperança, “Responsabilidade Civil nos Procedimentos de Adjudicação dos Contratos Públicos (Notas ao artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/200/, de 31 de dezembro) in Julgar n.º5, 2008.

Medeiros, Rui, Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos, Coimbra, 1992.

Menezes Cordeiro, António, Direito das Obrigações, Vol. II, Lisboa, 1980.

Mesquita, Maria José Rangel de, O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia , Almedina, 2009.

Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra Editora.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007.

Nigro, Mario - “Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo”, *Rivista di Diritto Processuale* 1980, pág. 249 e ss.

Oliveira, Mário Esteves de/Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011.

Oliveira, Mário Esteves de/Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (Anotados)*, I, 2006.

Oliveira, Rodrigo Esteves de, “Processo executivo: algumas questões”, in *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2005.

Oliveira, Rodrigo Esteves, O contencioso urgente da contratação pública, in *Justiça Administrativa* n.º 78, novembro/dezembro, 2009.

Oliveira, Rodrigo Esteves, “ Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, 2008.

Otero, Paulo, “A Administração Pública Nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros do Direito Comunitário”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, 2002, 817 e ss;

Otero, Paulo, As Garantias Impugnatórias dos Particulares no Código do Procedimento Administrativo, *Scientia Iuridica*, Tomo XIV, n.º 235, 236 e 237, 1992.

Otero, Paulo «Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por facto ilícito» in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, coord. Miranda, Jorge, Lisboa, Edição da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido de Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, 2008.

Pastor, Juan Afonso Santamaria, *La Responsabilidad del Estado Legislador*, p.120.

Peixoto, Manuel Alves, A execução das sentenças contra a Administração, in *Scientia Iuridica*, Braga, tomo IV, 1955.

Pietzko, Gabriele, *Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*, Berlim, 1994.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª. edição, 1985, 12ª reimpressão 1999.

Pinto, Paulo da Mota, em Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II, Coimbra Editora, 2008.

Pinto, Paulo Mota, “Responsabilidade por violação das regras de concurso para celebração de um contrato” in: “Estudos da Contratação Pública - II”, Pedro Gonçalves, 2010.

Prata, Ana, “Responsabilidade Civil” ” in Dicionário Jurídico, Coimbra, Almedina, 4ª. edição, 2005.

Prata, Ana, Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual, Coimbra, 2002 (reimpressão).

Quadros, Fausto de, “A Europeização do Contencioso Administrativo”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, 2006, p. 386 e ss.

Quadros, Fausto de, “O concurso público na formação do contrato administrativo – alguns, ROA, n.º 47 (1987).

Richer, Laurence, “*Le maintien du contrat illégal*”, in Contracts Publics, n.º 53 (2006), pág.47.

Rocha, Nuno Santos – A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano, Almedina, 2014.

Roxin, Claus, “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Lisboa, 1986, pp.145 e ss., (publicado originariamente in Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, 1970, pp. 133 e ss).

Schneider, Tobias, Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht, Baden-Baden, 1994.

Scognamiglio, Renato, “Il risarcimento del danno in forma specifica”, Rivista reimestraçe di diritto e procedura civile, 1957, pp. 201 e ss.

Silva, Eva Moreira da, Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação, Coimbra, 2003.

Silva, Vasco Pereira da, «”É sempre a mesma cantiga” – O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública» in AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor

Sérvulo Correia, coord. Miranda, Jorge, Lisboa, Edição da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

Silva, Vasco Pereira da, “O contencioso administrativo no divã da psicanálise”, 2005,

Silva, Vasco Pereira da, Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente, Lisboa, 2000.

Silva, Vasco Pereira da, “ Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 34, julho/agosto 2002.

Sousa, Marcelo Rebelo de, O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, Lisboa, 1994.

Sousa, Marcelo Rebelo de Sousa e Matos, André Salgado de, Direito Administrativo Geral - Actividade Administrativa, Tomo III, Lisboa, D. Quixote, 2ª edição, 2009.

Sousa, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado de, Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral, tomo III, Lisboa, 2008.

Trimarchi, Pietr – Causalità e Danno, Milão, 1967.

Viana Cláudia, Os princípios comunitários na contratação pública, 2007, pág. 314.

Vieira de Andrade, José Carlos “Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal”, in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos (III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de Octubre de 1992), 1999, pp. 40 a 43.

Viola, Guido, “La ragioni di ordine e interesse pubblico ostative alla esecuzione del giudicato”, in Atti del Convegno sull’ adempimento del giudicato amministrativo, pág. 109 e ss.

Viola, Luigi, “La responsabilità da contatto com la Pubblica Amministrazione”, in La Responsabilità della Pubblica Amministrazione, coord. Giuseppe Cassano/Carmelo Giurdanella, Pádua, 2007, pp. 307-322.

Weil, Prosper, Les conséquences de l’ annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir, Paris, 1952.

Zanobini, Guido, Corso di Diritto Amministrativo, Milão, Vol. I, 8.ª edição, 1958.

Índice

Abreviaturas.....	7
-------------------	---

1. Delimitação do objeto em estudo.....	8
---	---

Parte I

Capítulo I

Impossibilidade de satisfação do pedido do autor e causas legítimas de inexecução

2. Evolução e enquadramento normativo	10
3. Impossibilidade de satisfação do autor	15
3.1 Causas de legítimas de inexecução	16
3.1.1 Impossibilidade absoluta	19
3.1.2 Excecional prejuízo para o interesse público	23
3.1.3 Pagamento pecuniário	24
4. Densidade do princípio da obrigatoriedade e da prevalência das decisões judiciais ..	26
5. Momento da invocação da causa legítima de inexecução	30
5.1 Modificação objetiva de instância	31
5.2 Trâmite processual	33

Capítulo II

Obrigações de indemnizar pela impossibilidade de satisfação

6. Obrigações de indemnizar	36
6.1. Restituição pela perda da utilidade da sentença	38
6.2. Origem da obrigação de indemnizar: pelo facto ilícito ou pelo facto da inexecução da sentença	40
6.3 Fundamento da obrigação de indemnizar.....	43
6.4. Posição doutrinal	46

6.4.1 Contrapartida ao privilégio de execução prévia	48
6.4.2 Expropriação do direito	49
7. Indemnização devida pela inexecução da sentença	53
7.1 Fonte normativa da indemnização devida	54
7.2 Afastamento dos pressupostos da responsabilidade civil	56
7.3 Opção pela indemnização civil	58
8. Apuramento do montante da indemnização	59
8.1 Justa indemnização	61
8.2 Fatores a serem considerados	63
8.3. Recurso ao critério de equidade	66

Parte II

Afastamento ilícito dos concorrentes

9. Invalidade pré-contratuais e a impossibilidade de satisfação nos procedimentos concursais.....	68
10. Graduação da obtenção da adjudicação e o montante indemnizatório	70
10.1 Não é possível demonstrar que o interessado teria sido o adjudicatário ...	71
10.2 Possibilidade real de obter a adjudicação.....	72
10.2.1 Direito de indemnização pelo artigo 7.º/2 RRCEE e Responsabilidade das entidades adjudicantes	73
10.2.2 Quadro normativo aplicável.....	76
10.2.3 O mal-amado artigo 7.º, n.º 2 RRCEE	78
10.3 Certeza da obtenção da adjudicação e o interesse contratual positivo	79
11. Perda de chance na inexecução da sentença	81
11.1 Introdução ao conceito	81
11. 2 Indemnização na perda de chance.....	83
11.2.1 Perde de chance na contratação pública.....	85
11.2.2 Perda de sentença e a perda de sentença	86
11.2.3 Graduação da indemnização.....	88
Conclusões	91

Bibliografia	95
--------------------	----